Die fiduziarische Uebereignung.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der
Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Josef Eichhorn
aus Hollfeld

Approbiert am 17. März 1929.

Druck: Rob. Dornheimsche Hofbuchdruckerei, Coburg.

30:38

Referent:
Herr Professor Dr. Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Ackermann: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern. 1919.
Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen. 1883.
Baumbach: Zivilprozeßordnung.
Bonnet: Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern. Tübinger Dissertation 1912.
Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts.
Dernburg: Das bürgerliche Recht. 3. Aufl.
Dreyer: Das fiduziarische Rechtsgeschäft in Gruchots Beiträgen, Bd. 40. S. 233 ff. und 448 ff.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 2. Aufl.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
Enneccerus, Kipp und Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl.
Gaupp-Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 13. Aufl.
Goltz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes. Rostocker Dissertation 1901.
Grünhut: Das Wechselrecht.
Hahn: Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und zur Zivilprozeßordnung.
Hellwig: Gläubigernot, in Recht und Wirtschaft. 1911, Heft 1, Seite 27.
do. Ueber die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 64, S. 369.
Höniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, in der Zeitschrift des deutschen Notarvereins. 1911, S. 177.
Jäger: Kommentar zur Konkursordnung. 3. Aufl.
do. Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkurses (1905).
do. Reichszivilgesetze (Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Zivilprozeßordnung, Gerichtsverfassungsgesetz, Reichsanfechtungsgesetz, Konkursordnung).
Kahn: Die Uebereignung zum Zweck der Sicherung in der deutschen Juristenzeitung 1903, S. 125.
Kiehl: Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs, in der Juristischen Wochenschrift 1922, S. 787.
Krückmann: Juristische Wochenschrift S. 799 zu Nr. 8.
Lilienthal: Die Uebereignung zum Zweck der Sicherung in der deutschen Juristenzeitung 1902.
Linckelmann: Die Sicherungsübereignung, im Archiv für bürgerliches Recht. Bd. 7, S. 209.
Lotmar: Der unmoralische Vertrag.
Lütgebrune: Die Sicherungsübereignung (ein Konstruktionsversuch). Freiburger Dissertation 1906.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Nathan: Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels Constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen. Tübinger Dissertation 1909.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. (Allgem. Teil und Recht der Schuldverhältnisse.)

do. Die fiducia im römischen Privatrecht.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.

Protokolle der zweiten Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des BGB.

Raape: Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungseignung. 1913.

Reichsgerichtsräte. Kommentar von — zum BGB. 5. Auflage.

Sarwey-Bossert: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 4. Aufl.

Sättler: Die Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, in der Juristischen Wochenschrift 1927, S. 2453.

Schröder: Zur Sicherungsübereignung. in der deutschen Juristenzeitung 1901, S. 331.

Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Jherings Jahrbüchern, Bd. 43, S. 1.

do. Recension Goltz: Fiduziarisches Rechtsgeschäft in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 52, S. 353—356.

Seuffert: Kommentar zur Zivilprozeßordnung.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Auflage.

Staub-Stranz: Kommentar zur Wechselordnung. 11. Auflage.

Voigt: Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht, in der Deutschen Richterzeitung 1928, Heft 6, S. 252.

Wilutzky: Ueber fiduziarische Rechtsgeschäfte, in der Juristischen Wochenschrift 1901, S. 710.

do. Die Innen- und Außenseite des fiduziarischen Rechtsgeschäfts, in der Deutschen Juristen-Zeitung 1901, S. 20 ff.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1.

Einführende Bemerkungen.

Zum Gegenstand dieser Abhandlung ist die fiduziarische Uebereignung gemacht. Es soll einerseits nicht nur die Sicherungsübereignung, die freilich als der Hauptfall der fiduziarischen Uebereignung im Mittelpunkt der Erörterungen steht, betrachtet werden, da sich diese ja doch nicht ganz von der fiduziarischen Uebereignung trennen läßt, insofern als zu einer Beschreibung der Sicherungsübereignung schließlich auch eine Stellungnahme zu jenen Fällen der „Sicherungsübereignung" gehört, in denen eine Forderung gar nicht existiert, also auch eine Stellungnahme zur fiduziarischen Uebereignung überhaupt.[1]) Andererseits wird aber auch auf eine Behandlung aller Rechtsgeschäfte fiduziarischer Natur verzichtet.

Die Darstellung erstreckt sich also auf eine Würdigung jener Rechtsgeschäfte, durch die der Fiduziant dem Fiduziar zwar Eigentum[2]) überträgt, aber keineswegs Eigentum für alle Zeiten und zu dem Zwecke, daß der Fiduziar nach freiem Belieben mit seiner Sache schalte und walte, sondern nur Eigentum für eine beschränkte Zeit und zu dem Zwecke, daß er das erhaltene Eigentum, das manchmal in gewisser Beziehung auch seinen eigenen Interessen dienen soll, schließlich doch in den Dienst fremder Interessen stelle.

Zunächst soll zu all den Einwänden, die gegen die fiduziarische Uebereignung bezw. gegen die einzelnen fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte bis jetzt vorgebracht wurden oder noch vorgebracht werden könnten, wenigstens in großen Zügen Stellung genommen werden; hängt es doch vielleicht von der Stellungnahme zu diesen Einwänden überhaupt ab, ob dem Problem „fiduziarische Uebereignung" irgend eine rechtliche Bedeutung zukommt oder nicht. Im Anschluß hieran soll ein Ueberblick über jene Erfordernisse gegeben werden, die erfüllt sein müssen, wenn von einer fiduziarischen Uebereignung die Rede sein soll, und dann erst soll die rechtliche Natur und Bedeutung der fiduziarischen Uebereignung betrachtet werden.

Auf eine eingehendere rechtsgeschichtliche Untersuchung der einschlägigen Fragen kann verzichtet werden; es erscheint aber angebracht, darauf hinzuweisen, daß sowohl dem römischen Rechte als auch dem germanischen Rechte das Institut der Treuhänderschaft bekannt war. Für die römisch-rechtliche Treuhänderschaft war kennzeichnend, daß dem Treuhänder immer nur das einfache, unbeschränkte Volleigentum übertragen wurde, mit dem dieser aber in einer genau bestimmten Weise verfahren sollte. Das Charakteristische der germanischen Treuhänderschaft

---

1) Ein Eingehen auf jene Fälle der „Sicherungsübereignung" und ihre rechtlichen Unterschiede gegenüber den Fällen der wirklichen Sicherungsübereignung vermißt man freilich meistens bei den Darstellungen, die der Sicherungsübereignung gewidmet werden. Vergl. z. B. vor allem Hellwig: Gläubigernot in Recht und Wirtschaft 1911 Heft 1, S. 31, der auf diese Fälle nur hinweist, um die wirkliche Sicherungsübereignung in Verruf zu bringen.

2) Also mit Einschluß jener Rechtsgeschäfte, die die Übertragung des Eigentums an Inhaberpapieren zum Gegenstande haben, denn das Wesen solcher Geschäfte ist eine Uebereignung und keine Forderungsabtretung, da das Recht aus dem Papiere dem Rechte am Papiere folgt; dagegen unter Ausschluß der Übertragung von Order- und Rektapapieren. Die Uebertragung eines Orderpapieres ist keine Uebereignung, wenn auch viele Orderpapiertheorien kursieren, nach denen auch bei Orderpapieren das Recht aus dem Papiere dem Rechte am Papiere folgt. Wie hier auch Grünhut in seinem Wechselrecht § 28 „Die Theorie der deutschen Wechselordnung", S. 288: „Allein die Gläubigerschaft aus dem Papiere ist von dem Eigentum am Papiere nicht abhängig". Das Eigentum am Rektapapier wird auch nicht übereignet, es folgt vielmehr gemäß § 952 BGB. der Forderung, die es verkörpert.

bestand darin, daß die dem Treuhänder eingeräumte Rechtsmacht selbst in einer dem jeweiligen Zwecke entsprechenden Weise beschränkt war. Dieser Unterschied erklärt sich daraus, daß die Römer zufolge ihres Standpunktes „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" im Interesse der Verkehrssicherheit genötigt waren, die Sachenrechte möglichst einfach, klar und übersichtlich zu gestalten, da sonst eine katastrophale Unsicherheit und Unklarheit hätte einreißen müssen, während für das deutsche Recht verschiedenartig gestaltete Sachenrechte ungefährlich waren, da das deutsche Recht die Verkehrssicherheit durch das sogen. materielle Publizitätsprinzip gewährleistete.[3])

Von der praktischen Bedeutung der fiduziarischen Uebereignung soll erst in den Schlußbemerkungen die Rede sein, um das von der rechtlichen Seite der fiduziarischen Uebereignung gegebene Bild einzurahmen und um eine Stellungnahme zu den von vielen Seiten vorgeschlagenen Reformen zu ermöglichen.

---

3) Vergl. Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht in Jherings Jahrbüchern, Bd. 43 (1901) Seite 1 ff.

§ 2.

Die fiduziarische Uebereignung in ihrem Verhältnis zum simulierten Geschäft.

Weil die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte schließlich doch nichts anderes sind als mehr oder minder gefährliche Umwege zu Zielen, die auf direktem Wege nicht erreichbar sind, fand ihre „Erfindung" keine allzu begeisterte Aufnahme. Auf der einen Seite wurden sie zwar als notwendiges Uebel in Kauf genommen, von der anderen Seite wurden sie aber schärfstens abgelehnt. Man suchte nach Abhilfe und fand daher, in Wirklichkeit gäbe es gar keine ernstlich gewollte fiduziarische Uebereignung, die Konstruktion der fiduziarischen Uebereignung sei nur gekünstelt und könne einer soliden Betrachtung nicht standhalten, die Parteien dächten nicht daran, Eigentum zu übertragen bezw. zu empfangen, ihnen sei lediglich an der Begründung einer pfandrechtlichen Sicherheit, an einer Bevollmächtigung usw. gelegen.[1]) Die Praxis hat sich zwar im Prinzip dieser Anschauung nicht angeschlossen, sie hat es aber auch nicht versäumt, manchen besonders kranken Fall nach diesem Rezepte zu heilen und die Motive zum BGB.[2]) haben dieses Heilmittel, das Bähr[3]) für die Fälle der Sicherungsübereignung unmodern machte, wieder in Erinnerung gebracht.

Nun kann aber mit dem Einwande der Simulation die Gefahr, die zuweilen die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte in sich bergen, leider nicht gebannt werden; im Gegenteil wird man im allgemeinen eher annehmen müssen, daß die Parteien gerade erst recht die gekünstelte Konstruktion der fiduziarischen Uebereignung wollen, da sie ganz genau wissen, daß sie auf natürlichem Wege nicht zum Ziele kommen können. Mit dieser allgemeinen Feststellung soll freilich nicht gesagt sein, daß immer ein ernstlich gewolltes fiduziarisches Uebereignungsgeschäft vorliegen wird, es wird vielmehr manchmal vorkommen, daß die Parteien nicht ernstlich übereignen wollen, sondern daß sie nur so tun, als ob sie ernstlich übereignen wollten. Was aber im Einzelfall anzunehmen ist, fiduziarisches oder simuliertes Geschäft, das ist und bleibt die schwierige Frage.

Daß es bei der Beantwortung dieser Frage auf den buchstäblichen Sinn des gebrauchten Ausdruckes nicht ankommt, steht fest. (Vergl. § 133 BGB.). Entscheidend ist, daß die Kontrahenten beim Abschluß des Uebereignungsgeschäftes mit den gebrauchten Ausdrücken die Vorstellung verbanden, daß das Eigentum übertragen werden soll. Die Tatsache, daß zwischen den Parteien Vereinbarungen getroffen werden, die eine beträchtliche Beschränkung der Rechte des Fiduziars bedeuten[4]), steht an sich der Möglichkeit noch nicht entgegen, daß die Parteien trotzdem primär das begriffliche Vollrecht, das Eigentum, übertragen bezw. empfangen wollen.

---

1) Fast alle Bemerkungen, die sich auf das Verhältnis der fiduzarischen Uebereignung zum simulierten Geschäfte beziehen, beschränken sich auf eine Darstellung des Verhältnisses der Sicherungsübereignung zum simulierten Geschäft. Das hängt aber nicht mit der Eigenart der Sicherungsübereignung gegenüber der fiduziarischen Uebereignung überhaupt zusammen, bedeutet also auch keineswegs, daß nur die Sicherungsübereignung simuliert sei, sondern erklärt sich daraus, daß sich das Hauptaugenmerk aller Beobachter auch auf den Hauptfall der fiduziarischen Uebereignung, nämlich die Sicherungsübereignung, konzentriert. Man hat denn auch so manchen anderen Fall der fiduziarischen Uebereignung, der nicht mehr der Sicherung der Gläubiger dienen sollte, erst recht als simuliertes Geschäft betrachtet. Vergl. Planck 1. Teil § 117 Anm. 7 S. 274 Es hat also schon seinen guten Grund, wenn oben gesagt wird, man behauptete, die fiduziarische Uebereignung überhaupt sei simuliert, und nicht nur gesagt wird, man behauptete, die Sicherungsübereignung sei simuliert.

2) Motive zum BGB., III. S. 337.

3) Vergl. § 3 dieser Abhandlung.

4) „ § 6 „ „

Im übrigen aber steht nichts mehr fest. Eine Betrachtung der üblichen Kriterien [5]), die nun angestellt werden soll, um die einzelnen Kriterien auf ihre Zuverlässigkeit zu untersuchen, erweckt den Eindruck, daß im allgemeinen mit der Abneigung gegen die fiduziarische Uebereignung der Hang, im Fiduzianten einen Simulanten zu sehen, zunimmt.

Vielfach hat man sich z. B. in der Abneigung gegen die fiduziarische Uebereignung durch Umstände, die dafür sprechen, daß die Parteien es nicht auf einen endgültigen Sacherwerb durch den Fiduziar [6]) abgesehen haben, zu dem sehr trügerischen Schluß hinreißen lassen, daß es den Parteien in Wahrheit überhaupt nicht auf einen Eigentumserwerb ankomme. Wenn nun auch zugegeben werden muß, daß ein vernünftiger Mensch für ihn oder seine Familie lebenswichtige Sachen in der Regel nicht veräußern wird, so kann doch andererseits auch nicht die Möglichkeit bestritten werden, daß z. B. ab und zu ein bedrängter Schuldner auch seine an sich unentbehrlichen Sachen mittels fiduziarischer Veräußerung als Kreditmittel mobilisiert. Ein solcher Eigentumsübertragungswillen auf Seiten des Schuldner-Fiduzianten liegt nicht allzu fern, da dieser ja in vielen Fällen mit gutem Grunde auf die Zurückübereignung hoffen kann.

Nicht anders steht es mit dem Schlusse, den man aus der Tatsache, daß die zur Sicherung übereigneten Sachen in sehr vielen Fällen als Sachen für den Fiduziar nahezu unbrauchbar sind [7]), auf die Scheinnatur der fiduziarischen Uebereignung ziehen zu müssen glaubte. Man hat nämlich auch hier viel zu wenig der Tatsache Rechnung getragen, daß die Sachen, wenn ihnen auch kein großer oder schließlich sogar überhaupt kein Gebrauchswert für den Fiduziar innewohnt, für diesen doch als Sicherungsmittel sehr wertvoll sein können und zwar umso wertvoller sein werden, je nötiger sie für den Schuldner-Fiduzianten sind, da dieser sich dann wohl alle Mühe geben wird, durch Zahlung seiner Schuld den Rückerwerb vorzubereiten.

Manchmal hat man auch besondere Abreden, wie z. B. der Fiduziant soll die Gefahr tragen, er soll die fiduziierte Sache versichern oder weiterversichern, er darf die Sache im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verkaufen und sogar den Erlös behalten, der Fiduziar muß den Mehrerlös an den Schuldner herausgeben [8]), als Anzeichen dafür verwertet, daß die Parteien nicht ein ernstliches Eigentumsübertragungsgeschäft vornehmen wollten. Wenn nun auch alle diese Abreden zunächst jeder inneren Beziehung zueinander zu entbehren scheinen, so läßt doch die auf sie bezügliche Rechtsprechung einen einheitlichen Zug erkennen, der nach des Verfassers Meinung vielleicht dahin geht: Haben die Parteien eine besondere Bestimmung getroffen, der zufolge der Fiduziant, der doch an sich mit der Fiduziierung aufgehört hat, Eigentümer zu sein, trotzdem in einzelnen Beziehungen noch wie ein Eigentümer behandelt werden soll, bezw. der zufolge der Fiduziar, der eben mit der Fiduziierung Eigentümer geworden ist, trotzdem in mancher Hinsicht so behandelt werden soll, als ob er nicht Eigentümer wäre, dann wird man wohl annehmen müssen, daß ein Eigentumswechsel über-

5) Aus dem Vorliegen der nun zur Sprache kommenden Kriterien hat man bis jetzt meistens nur für die Fälle der Sicherungsübereignung auf das Vorliegen eines simulierten Geschäftes geschlossen. Die einzelnen Kriterien haben aber zum Teil mit dem Wesen der Sicherungsübereignung überhaupt nichts zu tun und sprechen deshalb im Falle ihres Vorliegens bei anderen fiduzarischen Uebereignungsgeschäften auch für die Scheinnatur dieser anderen fiduzarischen Uebereignungsgeschäfte. Deshalb sind die nun folgenden Ausführungen möglichst allgemein gehalten.

6) Dieser Umstand ist es übrigens, der die fiduziarische Uebereignung von der gewöhnlichen Uebereignung unterscheidet.

7) Für die Beantwortung der Frage nach der Unbrauchbarkeit der übereigneten Sachen als Sachen für den Fiduziar macht man vielfach keinen Unterschied, ob die Unbrauchbarkeit der Sachen als Sachen für den Fiduziar in der Sache selbst beruht (künstliches Gebiß des Fiduzianten) oder ob die Unbrauchbarkeit der Sachen als Sachen für den Fiduzar darauf zurückzuführen ist, daß er sie in dem unmittelbaren Besitz des Fiduzianten belassen hat und sich deshalb dieselben nicht nutzbar machen kann.

8) Vergl. Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 485 Nr. 59.

haupt nicht gewollt war und die auf einen solchen scheinbar abzielenden Willenserklärungen lediglich simuliert waren. Nun treffen aber die gezogenen Schlüsse den Kern der Frage nicht. Nicht nur mit demselben Rechte, mit dem diese Abreden gegen die Ernstlichkeit der fiduziarischen Uebereignung verwertet werden, sondern mit noch viel mehr Recht kann man folgenden Gedankengang einschlagen: Halten die Parteien es für nötig, besondere Abreden darüber zu treffen, daß in einzelnen Beziehungen die Rechtslage doch so angesehen werden soll, als ob der Fiduziant noch Eigentümer wäre, bezw. der Fiduziar nicht Eigentümer wäre, so tun sie es nur deshalb, weil sie der Meinung sind, ohne diese besonderen Abreden läge die Sache so, als ob der Fiduziant nicht mehr Eigentümer wäre, bezw. der Fiduziar eben Eigentümer wäre, weil eben ein Eigentumswechsel erfolgt ist. Sollen also die vielfach gegen die Ernstlichkeit der fiduziarischen Uebereignung verwerteten Vereinbarungen überhaupt einen Sinn haben, dann setzen sie einen Eigentumsübergang eben voraus.

Schließlich hat man auch noch aus dem Umstande, daß die Sache, die fiduziiert werden soll, nicht hinreichend konkretisiert ist, oder aus dem Umstand, daß im Falle einer Uebereignung mittels constitutum possessorium das zu Grunde gelegte Konstitutverhältnis nicht näher geregelt ist, daß z. B. eine Vereinbarung über die Dauer der Miete fehlt, auf die Scheinnatur des fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes geschlossen. Man meint wohl, die Kontrahenten hätten es im Ernstfalle der Mühe wert gefunden, die Sache zu konkretisieren und das Konstitutverhältnis näher zu regeln. Was das erste der beiden zuletzt erwähnten Kriterien anlangt, so ist es mindestens überflüssig, weil bei nicht ausreichender Konkretisierung der zu übereignenden Sache eine Uebereignung schon an sich nicht zustande kommen kann. Der gezogene Schluß trifft übrigens auch nicht für alle Fälle zu. Vielfach wird der Umstand, daß die fragliche Sache nicht ausreichend konkretisiert ist, auf ungeschickte Parteierklärungen zurückzuführen sein und daraus, daß die Parteierklärungen vielleicht nur ungeschickt formuliert sind, kann man doch wirklich nicht den Schluß ziehen, die Parteien wollen überhaupt nicht. Dem zweiten Indiz hat Lütgebrune [9]) seine Beweiskraft genommen mit dem Hinweis darauf, daß die fehlenden Vereinbarungen, z. B. über die Dauer der Miete, eine Ergänzung in den §§ 564—568 BGB. finden und daß es sehr wohl sein könne, daß die Parteien diese gesetzlichen Bestimmungen ihrer Vereinbarung haben zugrunde legen wollen.

Wenn Planck [10]) meint, daß die Rechtsnatur des Scheingeschäftes den Sicherungsgeschäften im besonderen dann zukomme, wenn sie nicht sowohl der Sicherung des Gläubigers als der des Schuldners vor dem Zugriffe der Gläubiger dienen sollen, so ist diese Meinung in ihrer Allgemeinheit nicht richtig. Es wird wohl keineswegs bestritten, daß viele Geschäfte, die zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung „abgeschlossen werden“, nicht ernstlich gewollt sind, da sie ja für den Fall, daß sie ernstlich gewollt wären, schließlich gerade das bewirken würden, was der Schuldner vermieden wissen will, nämlich daß der betreffende Gegenstand, der vor den Gläubigern in Sicherheit für den Schuldner gebracht werden soll, für diesen eben verloren ginge. Es muß aber nachdrücklichst betont werden, daß gerade diese Ueberlegung, die ja an sich für die Scheinnatur solcher Geschäfte spricht, für die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte eben nichts zu sagen vermag. Denn durch die fiduziarische Uebereignung würde der Schuldner den Gegenstand nicht verlieren, wenigstens nicht für alle Zeiten, er würde ihn vielmehr später, wenn er vor dem Zugriff seiner Gläubiger wieder sicher ist, wieder zurückbekommen. Die letzte Erwägung spricht also gegen die Planck'sche Ansicht. Seine Behauptung

9) Lütgebrune: Die Sicherungsübereignung (ein Konstruktionsversuch) Göttinger Dissertation 1906 S. 26. Lütgebrune bringt im § 5 seiner Dissertation sehr viele Beispiele mit umfangreichen Literaturnachweisen zu den in diesem Paragraphen behandelten Fragen; ihm verdankt der Verfasser dieser Abhandlung auch manche Anregung.

10) Vergl. Planck: 1. Teil § 117 Anm. 7 S. 274.

kann vielleicht dann zutreffen, wenn auch bei den fiduziarischen Uebereignungsgeschäften nicht sicher ist, daß der Fiduziant seine Sache wieder zurückbekommt, wenn z. B. der Fiduziar selbst ein sehr bedrängter Schuldner ist und deshalb im Falle einer ernstlich gewollten Fiduziierung nur zu befürchten ist, daß die Gläubiger des Fiduziars über die fiduziierte Sache herfallen, wozu sie ja imstande sind. Unter solchen Umständen ernstlich fiduziieren wollen, hieße nämlich vom Regen in die Traufe kommen wollen; doch wer möchte bestreiten, daß der gehetzte Schuldner nicht auch hie und da solche Schildbürgergeschäfte ernstlich will, zumal wenn noch ein ganz kleiner Hoffnungsschimmer für ihn besteht, durch solche Geschäfte seinen Gläubigern entrinnen zu können.

Unsere Gerichte können sich übrigens auch dieses schwachen Anhaltspunktes nicht bedienen und zwar deshalb nicht, weil sie dem Fiduzianten ein Recht zum Widerspruch gegen Zugriffe der Gläubiger des Fiduziars auf die fiduziierte Sache (§ 771 Z.P.O.) bezw. ein Recht auf Aussonderung der fiduziierten Sache (§ 43 K.O.) gewähren. Hat aber der Fiduziant die Möglichkeit, sich der Angriffe zu erwehren, die die Gläubiger des Fiduziars gegen die fiduziierte Sache richten, dann besteht eben für ihn nicht die geschilderte Gefahr, die die Annahme einer Simulation begünstigt.

Der Einwand, daß die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte sich bei näherer Betrachtung als simulierte Geschäfte entpuppen würden, ist wohl widerlegt. Das einzelne Geschäft aber kann natürlich sehr wohl simuliert sein; nach den vorstehenden Ausführungen unterliegt es aber keinem Zweifel, daß mehr Erwägungen für die Annahme einer ernstlich gewollten fiduziarischen Uebereignung sprechen als für die Annahme eines simulierten Geschäftes.

§ 3.

Die verbotenen fiduziarischen Übereignungsgeschäfte.

Mit der Behauptung, die fiduziarische Uebereignung sei simuliert, hat man lange Zeit die unbeliebte fiduziarische Uebereignung überhaupt oder doch wenigstens ihre größten Auswüchse aus der Welt geschafft. Schließlich konnte man sich aber doch des Eindrucks nicht mehr erwehren, daß man mit dem Einwande der Simulation nicht recht weit komme. Ein Teil der Literatur nahm daher den Kampf gegen die fiduziarische Uebereignung, bezw. gegen ihren Hauptfall, die mittels constitutum possessorium bewirkte Sicherungsübereignung, mit einer vermeintlich stärkeren Waffe erneut auf, nämlich mit der Behauptung, diese sei nichtig, weil sie gegen das Verbot der Mobiliarhypothek [1]) verstoße. Mit diesem Einwande glaubte man sogar jene besonders schweren Fälle zu treffen, in denen eine Forderung gar nicht besteht.[2]) In der Praxis hat aber diese Auffassung keinen Anklang gefunden.[3])

Nun ist wohl der zuletzt erwähnten Auffassung, der Bähr [4]) und Hellwig [4]) die Bahn brachen, rückhaltlos zuzugeben, daß ein starkes Recht viele dieser teilweise höchst anstößigen Geschäfte einfach nicht dulden kann. Es wäre aber verfehlt, sich der frohen Hoffnung hinzugeben, daß die von Bähr und Hellwig geschmiedete Waffe mit Erfolg gegen die besonders schweren Fälle geführt werden könnte. Denn selbst wenn die Meinung Hellwigs richtig ist, daß die mittels constitutum possessorium vorgenommene Sicherungsübereignung gegen das Verbot der Mobiliarhypothek verstoße, — was zunächst dahingestellt bleiben soll — könnte dies nichts an der traurigen Tatsache ändern, daß die besonders bedenklichen Fälle, denen doch in erster und letzter Linie der ganze Kampf gilt, in Wirklichkeit eben keine Fälle der sogen. Sicherungsübereignung sind, von einem Verbot der Mobiliarhypothek also überhaupt nicht berührt werden können.

Da also der von Bähr und Hellwig gegen die Sicherungsübereignung abgeschossene Pfeil höchstens das kleinere Uebel trifft, während er die bedenklichen Fälle bestimmt nicht zu treffen vermag, tut man gut daran, wenn man noch einige Schritte weitergeht und nach anderen gesetzlichen Verboten sucht, mit denen man vielleicht den Auswüchsen der fiduziarischen Uebereignung beikommen könnte.

Bevor aber auf einzelne Verstöße eingegangen werden kann, muß zunächst ein „allgemeiner Teil“ im Großen und Ganzen darüber Aufschluß geben, wann ein Verbotsgesetz vorliegt, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft dagegen verstößt und welche Folgen ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot hat.

Als Verbotsgesetze sind alle jene Gesetze anzusehen, die gegen ein an sich ohne das Verbot völlig einwandfreies Rechtsgeschäft gerichtet sind.[5]) Nun ver-

---

1) Der Ausdruck „Verbot der Mobiliarhypothek“ wird nicht im streng technischen Sinne gebraucht; gemeint ist vielmehr die Zulässigkeit bezw. Unzulässigkeit des constitutum possessorium bei Pfandrecht und Eigentumssicherung. Diese an sich ungenaue Ausdrucksweise ist aber allgemein gebräuchlich.

2) So wohl Hellwig: Gläubigernot a. a, O. S. 31.

3) Vergl. Entscheidungen des R. G. in Ziv. Sachen Bd. 59 S. 146.

4) Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen S. 52 ff. Hellwig: Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 64 S. 369 ff. Beide Abhandlungen wurden schon vor 1900 geschrieben. Für die neuere Zeit insbesondere Hellwig: Gläubigernot in Recht und Wirtschaft 1911 Heft 1, S. 27,

5) Hellwig: Gläubigernot a. a. O. S. 27 hat bei der Formulierung seiner Definition „Verbotsgesetze sind alle die, die ein Rechtsgeschäft für nichtig erklären, das an sich (d. h. ohne das

steht sich ja von selbst, daß bei der Ausdrucksweise unserer Gesetze sich unsere Gesetzgeber bei der Fassung der Verbotsgesetze nicht immer des Ausdrucks „verbieten“ oder sprachlich gleichbedeutender Worte bedienen; es werden vielmehr die von der Regel abweichenden Gültigkeitserfordernisse normiert und diese die abweichenden Erfordernisse normierenden Bestimmungen sind die Verbotsgesetze, die gegen das nach den allgemeinen Bestimmungen einwandfreie Rechtsgeschäft gerichtet sind.

Ein Rechtsgeschäft verstößt gegen ein gesetzliches Verbot, wenn die Vornahme des Rechtsgeschäftes durch Gesetz verboten ist oder wenn der Inhalt des Rechtsgeschäftes gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Ein Vertrag verstößt auch dann gegen ein gesetzliches Verbot, wenn das gesetzliche Verbot sich nur gegen den einen Vertragsteil richtet. Gegen die abweichende Auffassung des Reichsgerichts[6]) sprechen nicht nur die Motive zum BGB.[7]), sondern vor allem folgende Erwägung: Dem einschränkenden Zusatz, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“, kann nur dann Sinn zukommen, wenn er bedeutet, nicht jedes gegen ein Verbotsgesetz verstoßende Rechtsgeschäft *will vom Gesetze mit Nichtigkeit getroffen werden*. Ist das aber die Bedeutung des § 134 BGB. — was übrigens allgemein angenommen wird und vom Reichsgerichte selbst im gleichen Urteile festgestellt wird — dann kann die Frage, ob ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nicht mit dem Reichsgerichte darnach beantwortet werden, *ob das Verbotsgesetz das Rechtsgeschäft treffen will oder nicht*.

Die hier gegen das Reichsgericht verteidigte Auffassung bedeutet auch zumeist keine Härte für den Vertragsteil, der nicht gegen das Verbotsgesetz verstößt, denn dessen Interessen erfahren einen hinreichenden Schutz in der Einschränkung „soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt“. Und schließlich darf auch nicht übersehen werden, daß die Nichtigkeit, zu der die Anwendung des § 134 bisweilen führt, keineswegs eine Strafe ist, die bei Einnahme des hier vertretenen Standpunktes sozusagen einen Unschuldigen treffen würde, sondern es ist zu bedenken, daß § 134 BGB. öffentlichen Interessen dienen soll, die im Einzelfall, wenn nur einer der Vertragsteile gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, genau so schutzbedürftig sein können, wie wenn beide Vertragsteile gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Es wird übrigens nicht in Abrede gestellt, daß ein öffentliches Interesse bis zu einem gewissen Grade auch daran besteht, daß der andere nicht verstoßende Teil geschützt wird; es braucht aber auch die Rücksichtnahme auf den nicht verstoßenden Teil nicht übertrieben zu werden, wie es wohl das Reichsgericht tut, da dieser vielfach überhaupt kein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Rechtswirksamkeit des Geschäftes hat. Die Interessen des nicht verstoßenden Teils an der Aufrechterhaltung des Vertrags finden aber, wie bereits erwähnt, ihre höchstmögliche Berücksichtigung in der ebenfalls schon öfters erwähnten Einschränkung, „soweit sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt“.

Abzulehnen ist die Unterscheidung zwischen Verboten, die gegen die Vornahme von Geschäften schlechthin gerichtet sind, und solchen Verboten, die sich nur dagegen wenden, daß das Geschäft unter gewissen Umständen vorgenommen wird, wenn sie gemacht wird um darzutun, im ersten Fall sei ein Verstoß anzunehmen, während im zweiten Fall von einem Verstoß nicht die Rede sein könne.[8]) In beiden Fällen muß ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz angenommen werden;

---

fragliche Verbot) zulässig wäre“, übersehen, daß nicht jeder Verstoß gegen ein Verbotsgesetz daß verstoßende Rechtsgeschäft nichtig macht.

6) Entscheidungen des Reichsgerichts in Ziv. Sachen. Bd. 60 S. 273 (Entscheidung der vereinigten Zivilsenate) wie das Reichsgericht auch Planck 1. Teil § 134 Anm. 2b S. 349. Wie hier die überwiegende Literatur und auch das Reichsgericht selbst in Entscheidungen in Ziv. Sachen Bd. 51 S. 401.

7) Motive I § 105 S. 210.

8) So wohl Planck, 1. Teil, § 134 Anm. 2a S. 349. Deutlich spricht dies Planck zwar nicht aus; nähme aber Planck in solchen Fällen einen Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot an, dann hätte er diese Frage wohl erst in seiner 3. Anm. zu § 134 behandelt.

im ersten Fall verstößt eben das Geschäft schlechthin gegen das allgemeine Verbot, im zweiten Fall aber nur das unter gewissen Umständen vorgenommene Geschäft gegen das näher spezialisierte Verbotsgesetz.

Es bedarf noch des Hinweises, daß nicht nur das ausdrücklich verbotene Rechtsgeschäft vom § 134 getroffen wird, sondern auch dasjenige Rechtsgeschäft, das um den Wortlaut des Verbotsgesetzes herumhelfen soll, das sogen. Umgehungsgeschäft.[9])

Eine andere Frage ist die, ob nicht trotz Vorliegens eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz das Geschäft gültig ist, weil sich eben aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Diese Frage kann von der vorhergehenden nicht scharf genug getrennt werden und kann in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung über die Folgen des Verstoßes erst beantwortet werden nach einem Zurückgehen auf das hinter dem Verbote stehende öffentliche Interesse. Ferner ist bei Beantwortung dieser Frage noch zu berücksichtigen, daß auch ein öffentliches Interesse (siehe weiter oben) an der Aufrechterhaltung des Vertrages besteht oder doch wenigstens bestehen kann.

Die Tendenz des Verbotsgesetzes ist soundsooft nicht etwa gegen die durch das verbotene Rechtsgeschäft an sich ausgelöste privatrechtliche Wirkung, sondern gegen die Tätigkeit der einen oder anderen Partei als einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung gerichtet. Ist das der Fall, dann hat der Verstoß in der Regel nicht Nichtigkeit des verstoßenden Rechtsgeschäftes zur Folge. Freilich kann das Gesetz, wenn es auch zunächst ein unmittelbares Interesse an der Verhinderung des privatrechtlichen Erfolges nicht hat, trotzdem an der Nichtigkeit des verstoßenden Geschäftes mittelbar deshalb interessiert sein, weil anzunehmen ist, daß man nicht so leicht in Versuchung gerät, sich der verbotenen Ordnungswidrigkeit schuldig zu machen, wenn man weiß, daß das gegen die gesetzliche Bestimmung abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht die gewünschte Wirkung hat; es ist nämlich eine alte Erfahrungstatsache, daß die Furcht vor den verhältnimäßig nicht allzuhohen Strafen die Parteien nicht immer von dem Abschluß eines rentablen, wenn auch wegen seiner Ordnungswidrigkeit verbotenen Geschäftes abhalten kann.

Wieder andere Verbotsgesetze richten sich zwar gegen die rechtsgeschäftliche Seite des verbotenen Geschäftes. Da diese Verbotsgesetze aber vielfach nicht zuletzt im Interesse des anderen Vertragsteiles oder eines Dritten ergangen sind, ist anzunehmen, daß die Folge des Verstoßes nicht immer einfach Nichtigkeit des verstoßenden Geschäftes ist; ist es doch sogar denkbar, daß die Nichtigkeit des verstoßenden Geschäftes den Interessen dessen, der geschützt werden soll, zuwiderläuft. Die „Schutzgesetze" sollen und wollen vielmehr schützen und den idealsten Schutz gewähren sie wohl dadurch, daß sie die Entscheidung über die Rechtswirksamkeit des Geschäftes dem zu Schützenden überlassen, was sie z. B. dadurch erreichen, daß sie diesem die Anfechtung des verstoßenden Geschäftes gestatten.

Wenn nun gegen den Hauptfall der fiduziarischen Uebereignung, die mittels constitutum possessorium vorgenommene Sicherungsübereignung geltend gemacht wird, sie sei nichtig, weil sie gegen das Verbot der Mobiliarhypothek verstoße, so steht und fällt dieser Einwand mit der Frage, ob den Bestimmungen der §§ 1205 und 1206 BGB., die die Erfordernisse der Begründung eines Vertragspfandes normieren, eine allgemeinere Bedeutung zukommt, ob die Tendenz dieser Bestimmungen wirklich gegen das wirtschaftlich mißbilligte Verhältnis gerichtet ist, daß ein Gläubiger ein Vorzugsrecht erwirbt an Sachen des Schuldners, welche dieser in seinem Besitz behält und deren Besitz ihm scheinbar eine Kreditwürdigkeit verleiht, die ihm in der Tat nicht zukommt.[10])

---

9) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 44 S. 112.

10) Das ist im wesentlichen die Begründung, mit der man die hier abgelehnte Auffassung zu rechtfertigen sucht. So z. B. wörtlich Bähr a. a. O. S. 61. Dieses Buch erschien zwar noch unter der Herrschaft des alten Rechts, die Gegner der mittels constitutum possessorium vorgenommenen Sicherungsübereignung halten aber auch für das geltende Recht an dieser Begründung fest. Vergl. Hellwig Gläubigernot a. a. O. S. 27.

Nun ist wohl Hellwig und Bähr einzuräumen, daß zur Widerlegung ihres Standpunktes ein Hinweis auf § 223 Abs. II BGB. keineswegs ausreicht. Diese Bestimmung bringt nämlich lediglich zum Ausdruck, daß zur Sicherung eines Anspruchs auch ein Recht, also auch das Eigentum übertragen werden kann. Eine mittelbare oder gar unmittelbare Antwort auf die hier interessierende Frage, ob die Uebertragung des Eigentums zum Zwecke der Sicherung in einer den §§ 1205 und 1206 BGB. nicht entsprechenden Weise verboten sei, kann aber aus dieser Gesetzesstelle nicht herausgelesen werden.

Vor allem ist einmal Hellwig und seinen Anhängern entgegenzuhalten, daß die von ihnen konstruierte Tendenz des Gesetzes ganz anders aussieht als die, die sich aus den Materialien zum BGB.[11]) entnehmen läßt. Es kann aber leider nicht immer mit Erfolg behauptet werden, daß das, was die Motive und Protokolle zum BGB. besagen, auch wirklich Gesetz geworden ist. Es fragt sich also noch, ob auch in diesem Falle die Materialien zum Gesetze und das Gesetz auseinandergehen. Diese Frage muß aber unbedingt verneint werden.

Es bestehen nämlich in der Tat grundlegende Unterschiede zwischen dem Pfandrechte und dem Eigentum (zu Sicherungszwecken), und zwar sind diese Unterschiede derart, daß sie gerade für das Pfandrecht besondere Erkenntlichmachung in Gestalt des Faustpfandes nötig machen. Wäre nämlich der Pfandschuldner unmittelbarer Besitzer der verpfändeten Sache, dann würde zunächst wenigstens das Pfandrecht in keiner Weise erkennbar sein, während der Eigentümer, auch wenn er seine Sache nicht unmittelbar besitzt, doch wenigstens in der Mehrzahl der Fälle in einer Beziehung zu seiner Sache steht, die auch der Außenstehende nicht allzu schwer wahrnehmen kann.[12]) Auf der anderen Seite ist aber für das Pfandrecht besondere Erkennbarkeit doppelt nötig in Anbetracht der Tatsache, daß soundsoviele Pfandrechte an einer Sache bestehen können und doch wenigstens auch Anhaltspunkte für deren Rang vorhanden sein müssen.[13])

Aber nicht nur die verschiedene Natur des Eigentums (zu Sicherungszwecken) und des Pfandrechts gestattete dem Gesetzgeber eine verschiedene Behandlung der allerdings dem gleichen Zwecke dienenden Institute, sondern das erlaubten vor allem auch die damaligen Verhältnisse. Damals konnte man nämlich mit gutem Grunde daran glauben, daß das Eigentum als das Vollrecht nicht so häufig zu Sicherungszwecken weggeben würde, während Pfänder eben doch viel häufiger bestellt würden. Es war also von der vermutlich seltener vorkommenden, allerdings nur in geringerem Maße erkennbaren Sicherungsübereignung zunächst keine so katastrophale Unsicherheit zu erwarten, als jetzt tatsächlich heraufbeschworen wurde und nicht zuletzt dadurch heraufbeschworen wurde, daß die Rechtsprechung mit der Weggabe des Vollrechtes nicht ernst machte.[14])

Nun läßt sich aber nicht nur zeigen, daß der Gesetzgeber einen Unterschied machen wollte und daß gute Gründe für diese unterschiedliche Behandlung sprechen, es lassen sich auch noch im BGB. selbst Anhaltspunkte für die Zulässigkeit der mittels constitutum possessorium bewirkten Sicherungsübereignung nachweisen. Dadurch nämlich, daß unser geltendes Recht die Uebereignung mittels constitutum

11) Protokolle III S. 200. — Motive Bd. III S. 338.

12) Vergl. auch die Bestimmungen des alten Rechts, wonach zwar Hypotheken buchungspflichtig waren, nicht aber das Eigentum an Grundstücken. Diese verschiedenartige Behandlung hat vielleicht auch ihren inneren Grund in der oben behaupteten Eigentümlichkeit beider Rechte.

13) Wenn Nathan: Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen, Tübinger Dissertation 1909 S. 37 u. 38 ein Beispiel gibt, das dartun soll, daß auch bei der Eigentumssicherung die Rechte mehrerer Eigentümer-Gläubiger konkurrieren können, so ist das Beispiel nicht anschaulich genug. Denn der Inhalt der von ihm gewählten Bedingungen hat ja zur Folge, daß z. B. B erst Eigentümer wird, wenn A aufgehört hat, Eigentümer zu sein usw. Die Tatsache aber, daß sich das Beispiel wohl nicht glücklicher wählen läßt, beweist vielleicht, daß der hier behauptete Unterschied tatsächlich besteht.

14) Vergl. § 8 dieser Abhandlung.

possessorium anerkennt (§ 930 BGB.), hat es die zwar bisweilen bedauerliche Möglichkeit geschaffen, daß sich gewisse dem gesunden Rechtsverkehr denkbar gefährliche Subjekte mit einem Schein von „kreditbellenden“ Gegenständen umgeben können, und damit wenigstens mittelbar zu erkennen gegeben, daß es ihm (dem Gesetz) wirklich nicht so schlimm vorkommt, wenn jemand etwas im unmittelbaren Besitze hat, was ihm zur Zeit vorübergehend nicht gehört, was ihm aber wieder zufallen kann. Ferner berechtigt vielleicht auch die Tatsache, daß das BGB. der einen Umgehungsmöglichkeit — Rückgabe des unmittelbaren Besitzes der Pfandsache auf den Verpfänder — im § 1253 einen Riegel vorschiebt, auf die „andere Umgehungsmöglichkeit“ — Uebertragung des Eigentums mittel constitutum possessorium zu Sicherungszwecken — aber gar nicht eingeht, zu dem Schlusse, daß das Gesetz diese zweite Umgehungsmöglichkeit eben bewußt zuläßt.

So kann und muß man also sagen, daß sich die mittels constitutum possessorium bewirkte Sicherungsübereignung mit dem geltenden geschriebenen Rechte verträgt. Man braucht sie nicht erst auf dem Wege einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung zu retten.[15]) Dies war auch ohne Zweifel die zur Zeit der Redaktion des BGB. herrschende Auffassung; die „Freunde der Sicherungsübereignung“ wußten diese schon immer über den Vorwurf des Verstoßes gegen das Verbot der Mobiliarhypothek erhaben, „ihre Feinde“ dagegen gingen mit banger Sorge der Zeit entgegen, in der die Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium rechtliche Anerkennung finden sollte. Wäre das nicht auch die Auffassung der Gegner der Sicherungsübereignung gewesen, dann hätten diese wohl kaum einen Antrag des Inhalts gestellt, daß diese Vorschrift (daß eine Sache mittels constitutum possessorium übereignet werden kann) keine Anwendung finden soll, wenn die Umstände ergeben, daß durch die Veräußerung dem Erwerber Sicherung wegen einer Forderung verschafft werden soll.[16])

Vielfach hat man auch die Sicherungsübereignung, sowohl die mittels constitutum possessorium bewirkte, als auch die durch körperliche Uebergabe oder durch Abtretung eines Herausgabeanspruchs vollzogene, auf ihr Verhältnis zum Verbot der lex commissoria geprüft. Es hat aber noch keiner für den Regelfall dieser Sicherungsübereignungen die Behauptung aufzustellen gewagt, er stelle einen Verstoß gegen dieses Verbot dar und sei daher nichtig; enthält doch eben der Regelfall eine Bestimmung des Inhalts, daß der Gläubiger-Fiduziar nach Erlöschen der Forderung das Eigentum zurückübertragen solle, bezw. daß das Eigentum mit Erlöschen der Schuld zurückfallen solle. Für die Gesetzmäßigkeit des Regelfalls spricht übrigens auch § 223 Abs. 2 BGB.

Dagegen haben Raape und Linckelmann ausgeführt, daß die Eigentumssicherung sehr leicht über ihre regelmäßige Bedeutung hinaus „durch wenige Zusätze so gestaltet werden kann, daß in ihrem Tatbestande die wirkliche lex commissoria eingeschlossen liegt.“[17])

Die Ausführungen, die dartun wollen, daß die Sicherungsübereignung nicht mit dem Verbote der lex commissoria kollidiere, geben über die hier angeschnittene Frage meistens keine Auskunft, da sie vielfach auf den Regelfall zugeschnitten sind.[18]) Wenn nämlich geltend gemacht wird, bei der Eigentumssicherung könne der Fiduziant gar nicht im Zweifel sein, was für ihn die Eigentumsweggabe zu bedeuten habe, so treffen diese Bemerkungen eben nicht den Nagel auf den Kopf; denn bei der Sicherungsübereignung ist sich der Fiduziant-Schuldner zunächst nur über die einstweilige Eigentumsweggabe im Klaren, nicht aber über

15) Vergl. Bonnet: Die Sicherungsübereignung insbesondere von Warenlagern. Tübinger Dissertation 1912 S. 29 ff.
16) Protokolle III S. 197 und 200.
17) Raape: Die Verfallklausel bei Pfand- und Sicherungsübereignung 1913. Linckelmann: Die Sicherungsübereignung im Archiv für bürgerl. Recht Bd. VII (1893) S. 209 ff.
Ebenso Nathan a. a. O. S. 31 Anm. 11.
A. A. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 20 S. 169.
18) Vergl. Bonnet a. a. O. S. 20—24.

den endgültigen Verlust der Sache selbst, worauf es doch hier letzten Endes ankommt. Dagegen ist zu bedenken, daß bei der Eigentumssicherung die Rechtslage des Fiduzianten eines kräftigen Rechtsschutzes vielfach noch würdiger und bedürftiger ist als die Stellung des Pfandschuldners, da es sich bei der Sicherungsübereignung oft um für den Schuldner oder seine Familie lebensnotwendige Sachen handelt, deren endgültigen Verlust sich der Fiduziant eigentlich noch weniger vorstellt als der Pfandschuldner, da ihm ja in der Mehrzahl der Fälle der unmittelbare Besitz der Sache verblieben ist. Man wird also gut tun, „diese Zusätze“ der Sicherungsübereignungsgeschäfte unter Umständen als Verstoß gegen das Verbot der lex commissoria zu betrachten, was aber zunächst nur die Nichtigkeit „der Zusätze“ zur Folge hat.[19]) Ob die Nichtigkeit dieser Zusätze die Uebereignung selbst berührt, beurteilt sich nach § 139 BGB.

Bis jetzt war nur von den beiden schon öfters gegen die Sicherungsübereignung vorgebrachten Einwänden die Rede. Gegen die Sicherungsübereignung kann aber unter Umständen noch ein anderer Einwand gebracht werden. Werden nämlich fremde Sachen oder eigene Sachen, die mit fremden Rechten belastet sind, den Gläubigern zu ihrer Sicherung fiduziiert, mit der Folge, daß die Rechte des wahren Berechtigten untergehen, so lassen sich diese Sicherungsübereignungsgeschäfte auch als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot konstruieren.[20]) Der Verstoß liegt zwar nur auf Seite des Fiduzianten, nicht auch auf Seite des gutgläubigen Fiduziars; denn dessen Eigentumserwerb, der doch für den bisherigen Eigentümer bezw. Rechtsinhaber den Verlust des Eigentums bezw. des Rechts bedeutet, ist nicht nur nicht verboten, sondern geradezu geboten; allein ein Vertrag verstößt auch dann gegen ein gesetzliches Verbot, wenn nur ein Vertragsteil sich einen Verstoß zuschulden kommen läßt. Doch kann diese ganze Konstruktion nichts nützen. In der Natur der Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, liegt es nämlich, daß der Vertrag, der den Rechtserwerb vom Nichtberechtigten vermittelt, obwohl er begrifflich eine rechtswidrige Verletzung fremder Rechte darstellt, wegen dieser rechtswidrigen Verletzung fremder Rechte keineswegs nichtig ist.

Den zuletzt erwähnten Gesetzesverstoß stellen die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte übrigens erst recht dann dar, wenn sie nur angeblich der Sicherung von Gläubigern dienen, in Wirklichkeit aber nur zu dem Zwecke abgeschlossen werden, damit der gutgläubige Fiduziar vom Fiduzianten die diesem nicht gehörige Sache erwerbe und dann das erworbene Eigentum auf den Fiduzianten zurückübertrage, bezw. damit durch den Erwerb des gutgläubigen Fiduziars die Rechte Dritter an der Sache erlöschen und der Fiduziar dann das entlastete Eigentum auf den Fiduzianten zurückübertrage.

Man will natürlich gegen solche Auswüchse der fiduziarischen Uebereignung erst recht helfen und ist in dieser Hilfsbereitschaft fast versucht, diesem Unfug durch eine sinngemäße Anwendung der §§ 892, 932—936 BGB. entgegenzutreten.[21]) Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, wollen den gutgläubigen Erwerber schützen; für die zuletzt erwähnten

---

19) Wenn Nathan a. a. O. S. 25 und 26 dieser Ansicht entgegentritt, so läßt sich aus der Begründung seiner Meinung doch erkennen, daß sein gegenteiliger Standpunkt eigentlich auf einem Mißverständnis beruht. Linckelmann, den er angreift, weil er den hier vertretenen Standpunkt einnimmt, sagt nämlich ebensowenig wie der Verfasser, daß die Eigentumsübertragung selbst gegen das Verbot der **lex commissoria** verstoße, wovon aber Nathan ausgeht, er sagt lediglich, daß sich die fraglichen Zusätze nicht mit dem Verbote der **lex commissoria** vertragen.

20) Es empfiehlt sich hier vor allem deshalb dieser Frage nachzugehen, weil den Ausführungen Kiehls, Tragweite des guten Glaubens eines fiduziarischen Rechtserwerbs, Juristische Wochenschrift 1922 S. 787, die die für den Fall der Fiduziierung einer fremden Sache zwischen altem Eigentümer und Fiduziar auftretenden Kollisionen beheben wollen, nicht beigetreten wird. Vergl. § 6 dieser Abhandlung.

21) Ein ähnliches Beispiel sinngemäßer Anwendung des § 892 BGB. findet sich bei Wolf, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II § 45 I, $_4$ Bestellung der Eigentümergrundschuld.

Geschäfte ist aber charakteristisch, daß der Fiduziar, der geschützt werden soll, eigentlich kein eigenes Interesse am Bestand solcher Uebereignungsgeschäfte hat, sodaß er eigentlich auch nicht geschützt zu werden braucht. Eine solche sinngemäße Anwendung scheitert aber an folgender Betrachtung: Aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. folgt, daß der Gutgläubige, der unentgeltlich ein Recht erwirbt, zur Herausgabe verpflichtet ist. Darf er aber das Erlangte nicht behalten, muß er es vielmehr zurückgeben, dann fehlt dem Gutgläubigen an sich auch das eigene Interesse daran, die Sache zu erwerben, im Gegenteil er ist vielleicht eher daran interessiert, sie nicht zu erwerben, um sich dann nicht der Mühe der Rückübereignung unterziehen zu müssen; obwohl ihm also das schutzwürdige Interesse, Eigentümer zu werden, fehlt, oder doch wenigstens fehlen kann, soll er doch nach der ganzen Anlage des Gesetzes, die keinen Zweifel aufkommen läßt, Eigentümer werden und nur zur Zurückgabe verpflichtet sein.

Dienen die Sicherungsgeschäfte nicht sowohl der Sicherung des Gläubigers, als der des Schuldners vor dem Zugriffe seiner Gläubiger, so sind diese Geschäfte zwar nicht simuliert, sie verstoßen aber, weil sie zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung abgeschlossen sind, zuweilen gegen ein gesetzliches Verbot. Dieser Verstoß macht aber die Geschäfte keineswegs nichtig; sie können nur unter bestimmten Voraussetzungen angefochten werden.

Werden die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte von den Parteien in der Absicht vorgenommen, ihre steuerlichen Verhältnisse so zu regeln, daß sie möglichst billig wegkommen, so handelt es sich meistens keineswegs um verbotene Geschäfte, wenigstens aber nicht um nichtige Geschäfte; die Fassung des § 5 Reichsabgabenordnung setzt sogar selbst die Rechtswirksamkeit der „bürgerlich-rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten" voraus.

Nun sind ja wohl noch die verschiedensten Verbotsgesetze denkbar, gegen die die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte verstoßen können. Ein Eingehen auf alle nur möglichen Verstöße würde aber zu weit führen und kann schließlich auch unterbleiben, da im „allgemeinen Teil" die Wege gewiesen sind, die zur Ausfüllung dieser Lücke führen werden.

§ 4.

Die unsittlichen fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte.

Da einerseits die Ausführungen im vorhergehenden Paragraphen gezeigt haben, daß der § 134 BGB. bestimmt keine ausreichende Handhabe darstellt gegen die dunklen Machenschaften, zu denen die fiduziarische Uebereignung mißbraucht werden kann, andererseits es sich aber doch nicht verheimlichen läßt, daß die Rechtswirksamkeit einiger fiduziarischer Uebereignungsgeschäfte nie und nimmer anerkannt werden kann, empfiehlt sich noch auf die Frage einzugehen, ob man nicht gegen das eine oder andere dieser Geschäfte einwenden kann, daß es gegen die guten Sitten verstoße und deshab nichtig sei.

Diesen „Notausgang" hat aber leider die herrschende Lehre durch die Behauptung, abstrakte Rechtsgeschäfte könnten nicht unsittlich sein bezw. nicht wegen Unsittlichkeit nichtig sein, zunächst versperrt. An dieser Tatsache wird auch dadurch nichts geändert, daß die herrschende Lehre sich gescheut hat, aus ihrem Dogma die Konsequenzen für die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte, die doch auch in ihrem ersten Teile abstrakte Rechtsgeschäfte sind, zu ziehen, und es vielmehr vorgezogen hat, in Bezug auf die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte vielfach den gegenteiligen Standpunkt einzunehmen.[1])

Der Riegel, mit dem der Notausgang versperrt ist, muß erst wieder zurückgeschoben werden, die Behauptung „abstrakte Rechtsgeschäfte könnten nicht unsittlich sein" bezw. „wegen Unsittlichkeit nicht nichtig sein", muß erst widerlegt werden, bevor man sich zu dem freilich recht erfreulichen Ergebnis bekennen kann, daß die eine oder andere der möglichen Schiebungen unsittlich und deshalb nichtig ist.

---

1) Vergl. Planck: 1. Teil § 138 I 3 b S. 363, bei dem sich weitere Literaturangaben finden.

Der Standpunkt, den das Reichsgericht zu der Frage nach der Nichtigkeit abstrakter Rechtsgeschäfte wegen Unsittlichkeit einnimmt, ist auch nicht sehr klar und zwar wohl deshalb nicht, weil das Reichsgericht die Frage nach der Möglichkeit der Unsittlichkeit des abstrakten Rechtsgeschäftes nicht scharf genug trennt von der Frage nach dem Einfluß der Unsittlichkeit des Grundgeschäftes auf das Leistungsgeschäft. Die einzelnen Urteile, in denen sich das Reichsgericht mit dieser Frage zu befassen hatte, seien daher auszugsweise wiedergegeben:

Entscheidungen des Reichsgerichts, Bd. 63 S. 185 (5. Zivilsenat): „Die Frage, ob in der Regel die Unsittlichkeit, die dem Causalgeschäft anhaftet, auch dem Erfüllungsgeschäft anhaftet, kann dahingestellt bleiben, denn das, worauf es ankommt, ist die Frage, ob auch das Erfüllungsgeschäft, wofern ihm eine Unsittlichkeit anhaftet, vom Gesetz als nichtig behandelt wird, und diese Frage ist zu verneinen. Die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäftes wäre unvereinbar mit § 817 BGB."

Bd. 68 S. 100 (5. Zivilsenat): „Die herrschende Lehre geht aber dahin, daß abstrakte Rechtsgeschäfte, insbesondere auch Leistungsgeschäfte, die in Erfüllung eines Grundgeschäftes vorgenommen werden, wegen ihres Rechtsgrundes, auch wenn dieser gegen Gesetz oder gute Sitten verstößt, überhaupt nicht nichtig sein können oder doch regelmäßig nicht sind, daß namentlich die Unsittlichkeit des Grundgeschäftes nicht auch sie zu unsittlichen und somit nichtigen Geschäften macht."

Bd. 85 S. 345 (6. Zivilsenat): „Wenn das Berufungsgericht auf Grund dieser Feststellungen — dem J. sei der äußere Anschein der Selbständigkeit und Kreditwürdigkeit belassen, in Wahrheit jedoch alles gegenwärtige und künftige Vermögen entzogen und zum Nachteile aller übrigen mit ihm in geschäftlicher Beziehung stehenden oder in solche eintretenden Dritten, um einen einzigen Gläubiger zu sichern, verwendet worden — denen noch beizufügen ist, daß H. in diesen Verträgen keine bestimmte Gegenleistung, wie etwa die Gewährung von Kredit in bezifferter Höhe übernommen hat, die Verträge als sittlich anstößig betrachtet, so befindet es sich im Einklang mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts."

Die herrschende Lehre stützt ihre Behauptung, abstrakte Rechtsgeschäfte könnten nicht unsittlich sein, auf folgende Erwägung: „Abstrakte Rechtsgeschäfte können nicht unsittlich sein; denn ihre Gültigkeit ist unabhängig von der zugrundeliegenden causa und nur aus dieser könnte sich ein Verstoß gegen die guten Sitten ergeben. Für abstrakte Schuldversprechen ergibt sich die Richtigkeit dieser Auffassung unzweideutig aus § 817 Satz 2 BGB., indem hier die Gültigkeit einer wider die guten Sitten verstoßenden, auf Begründung einer Verbindlichkeit gerichteten Vereinbarung vorausgesetzt wird.“ [2])

Zur Widerlegung der herrschenden Auffassung sei auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen:

Es ist nicht richtig, daß sich nur aus der causa ein Verstoß gegen die guten Sitten ergeben könnte. Ergibt sich vielleicht beim Verkauf des Abtreibungsmittels die Unsittlichkeit des Rechtsgeschäftes aus dem Umstande, daß gekauft bezw. verkauft wird, also aus der causa, oder aus dem Gegenstande, der gehandelt wird, und wird dieser Gegenstand beim Erfüllungsgeschäft nicht ebenso gehandelt? Die herrschende Lehre kann sich auch nicht auf § 817 Satz 2 BGB. stützen. Dort wird nämlich nicht die Gültigkeit einer wider die guten Sitten verstoßenden, auf Begründung einer Verbindlichkeit gerichteten Vereinbarung vorausgesetzt; im Satz 1 dieses Paragraphen ist lediglich die Rede davon, daß der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat und im Satz 2 dieses Paragraphen wird auch davon gesprochen, daß dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt.

Aber nicht nur der Wortlaut der §§ 138, 817 BGB. verbietet den von der herrschenden Lehre gezogenen Schluß, sondern erst recht der Zweck dieser beiden Bestimmungen. § 138 bringt den Fundamentalsatz unserer Rechtsordnung zum Ausdruck, der nicht rein zufällig sogar in der Reichsverfassung (Art. 152 Reichsverfassung) wiederkehrt, und der besagt, daß ein unsittliches Rechtsgeschäft eine rechtsgeschäftliche Wirkung nicht hervorbringen könne. Durch § 817 soll „die in

---

Fortsetzung zu 1).

Bd. 109 S. 202 (6. Zivilsenat): „Die Unsittlichkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes zieht regelmäßig nicht die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach sich. Eine Ausnahme ist dann angenommen worden, wenn gerade in der dinglichen Uebereignung die Unsittlichkeit liegt.“

Zusammenfassend sei zu diesen Urteilen bemerkt:

Bei einem Vergleich der beiden ersten Urteile springt sofort in die Augen, daß sie sich inhaltlich nicht decken. Nach dem zweiten Urteile soll nur Nichtigkeit wegen des Rechtsgrundes ausgeschlossen sein, nach dem ersten Urteil dagegen allgemein. Besonders auffällig ist, daß im zweiten Urteil ausgesprochen wird „unsittlich und somit nichtig“, während doch das erste Urteil nachdrücklichst betont, „wenn auch unsittlich, so doch nicht nichtig“. Der allgemeine Grundsatz, den das erste Urteil zum Ausdruck bringt, wird durch das zweite Urteil aber nicht aufgegeben und auch nicht modifiziert.

Das dritte Urteil widerspricht wohl nicht dem zweiten Urteil, bestimmt aber dem ersten; es erklärt nämlich ein abstraktes Rechtsgeschäft wegen Unsittlichkeit für nichtig, obwohl doch das erste Urteil sagt, das Gesetz behandelt selbst unsittliche, abstrakte Rechtsgeschäfte als nicht nichtig.

Das vierte Urteil steht wieder im offenen Widerspruch zum ersten Urteil. Geradezu rätselhaft ist der Ausdruck „Ausnahme“. Liegt die Unsittlichkeit gerade in der Uebereignung, dann kommt die Nichtigkeit gerade von dieser Unsittlichkeit und nicht etwa davon, weil die Unsittlichkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes die Nichtigkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes nach sich zieht, es stellt also dieser Satz dann keine Ausnahme von jenem Satz dar. Diese Ausnahme, daß das Uebereignungsgeschäft nichtig ist, wenn die Unsittlichkeit gerade in der Uebereignung liegt, stellt aber auch keine wirkliche Ausnahme von dem im ersten Urteil vertretenen Standpunkt dar, sondern besagt das glatte Gegenteil.

Obwohl also das vierte Urteil sagt, daß das Uebereignungsgeschäft, wenn die Unsittlichkeit gerade in der Uebereignung liegt, nichtig ist, wird doch die Behauptung des ersten Urteils, das abstrakte Geschäft könne wegen Unsittlichkeit nicht nichtig sein, vom Verfasser als der Standpunkt des Reichsgerichts betrachtet, da dieser Standpunkt vom 6. Senat, der das vierte Urteil fällte, wegen § 137, GVG. nicht allein aufgegeben werden kann. Vergl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 45 S. 97.

2) So wörtlich Planck 1. Teil § 138 I 3 b S. 363.

der Annahme bezw. in der Leistung sich kundgebende verwerfliche Gesinnung getroffen werden“ [3]), vorausgesetzt natürlich, daß überhaupt etwas empfangen bezw. geleistet wurde, vorausgesetzt also, daß das Leistungsgeschäft nicht schon zufolge § 138 jeder rechtlichen Wirkung entbehrt. § 138 verhält sich zum § 817 keineswegs wie die lex generalis zur lex specialis. § 138 kommt zur Anwendung, wenn das Leistungsgeschäft selbst nichtig ist, § 817 dagegen, wenn nur der Zweck der Leistung in der Art bestimmt ist, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat.

Man stelle sich übrigens die Konsequenzen vor, zu denen die herrschende Lehre genötigt wird. Wenn ein abstraktes Schuldversprechen überhaupt nicht nichtig sein kann, dann müßte man sich auch mit der Gültigkeit eines Vertrages abfinden, durch den ein Mädchen einem Bordellwirt „ihre Arbeitskraft“ gemäß § 780 BGB. verspricht, eine Konsequenz, vor der doch sicher jedermann zurückschreckt.

Schließlich spricht auch die Tatsache, daß § 138 noch im allgemeinen Teil des BGB. seinen Platz gefunden hat, nicht dagegen, daß er sich auch auf alle Rechtsgeschäfte, also auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte bezieht, zumal da gerade dem § 138 ein dem § 134 entsprechender einschränkender Zusatz nicht beigefügt ist.[4])

Wenn aber die herrschende Lehre die Bestimmung, daß insbsondere auch das Gewährenlassen, also auch das abstrakte Rechtsgeschäft, beim Wuchergeschäft nichtig sei, als eine Ausnahme bezeichnet, so kann sie es den Anhängern der hier vertretenen Auffassung bestimmt nicht verwehren, wenn diese diese Bestimmung als ein Beispiel von so vielen anderen ansprechen, wozu doch der Wortlaut „insbesondere“ berechtigt.

Es sprechen also erhebliche Gesichtspunkte gegen die Auffassung der herrschenden Lehre, sodaß man mit gutem Gewissen von ihrem Dogma „abstrakte Rechtsgeschäfte könnten nicht unsittlich sein, bezw. wegen Unsittlichkeit nicht nichtig sein“, abgehen kann. Die herrschende Lehre selbst hat sich schon zu erheblichen Einschränkungen bequemen und außerdem noch zu mancher Ausnahme ihre Zuflucht nehmen müssen. Wenn Planck in der inzwischen erschienenen 4. Auflage des 2. Teils des Rechts der Schuldverhältnisse unter § 817 2 b die Bemerkung macht, eine weitere Ausnahme von diesem Grundsatz (das unsittliche Grundgeschäft läßt das Leistungsgeschäft unberührt) ist auch dann zu machen, wenn die Unsittlichkeit gerade in der dinglichen Uebereignung liegt, so stellt sich Planck mit dieser Bemerkung selbst auf den hier gegen ihn verteidigten Standpunkt.[5])

Nun ist der Riegel wieder zurückgeschoben, den die herrschende Lehre der so dringend nötigen Anwendung des § 138 auf die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte vorgeschoben hatte. Unter welchen Voraussetzungen aber davon die Rede sein kann, daß ein fiduziarisches Uebereignungsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße und deshalb nichtig sei, ist damit noch nicht gesagt. Die Tatsache nämlich, daß diese Geschäfte dazu berufen sind, einen vom Gesetz nicht unmittelbar ermöglichten Erfolg auf mehr oder minder gefährlichem Umwege möglich zu machen, berechtigt für sich allein bei weitem noch nicht zur Annahme, daß das fiduziarische Uebereignungsgeschäft gegen die guten Sitten verstoße. Anderer-

---

3) Motive Bd. II S. 849.

4) Es gibt natürlich einige, allerdings ausdrückliche Ausnahmen von der „Regel“, daß alle Rechtsgeschäfte wegen Unsittlichkeit nichtig sein können, vergleiche z. B. § 1323 BGB.

5) Aus § 817 BGB. kann höchstens der Schluß gezogen werden, daß das Leistungsgeschäft, wenn der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt war, daß der Empfänger durch die Annahme gegen die guten Sitten verstoßen hat, deshalb noch nicht selbst gegen die guten Sitten verstößt. Dieser Schluß ist richtig und stimmt auch überein mit den Ausführungen, die gelegentlich der Beratung des § 106 des 1. Entwurfes gemacht wurden und die darin gipfelten, daß der Zweck allein, auch wenn er unsittlichster Art wäre, das Rechtsgeschäft nicht zu einem unsittlichen machen kann, daß vielmehr dazu kommen muß, daß auch die objektive Seite des Geschäftes selbst, wenn auch nur im Lichte des unsittlichen Zweckes, unsittlich gefärbt sei. Prot. I S. 123 und 124.

seits wird man aber wohl auch gut tun, dieser Art von Geschäften nicht das Vertrauen entgegenzubringen, das der Fiduziant dem Fiduziar schenkt.

Von der Aufstellung einer konstanten Formel, mit der sich die Frage nach der Unsittlichkeit des einzelnen Geschäftes lösen ließe, mußte das Gesetz absehen, da § 138 nicht zuletzt die Aufgabe hat, die Rechtsordnung auf die jeweils herrschenden Anschauungen und Gepflogenheiten, die vom Wandel der Zeit nicht unberührt bleiben, abzustimmen. Auf die Frage, wann ein fiduziarisches Uebereignungsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, läßt sich nur bei sorgfältigster Berücksichtigung aller Einzelumstände eine einigermaßen befriedigende Antwort geben, zu der die nachfolgenden Zeilen einen wenn auch noch so bescheidenen Beitrag liefern sollen.

Das zugrundeliegende Causalgeschäft vermag, wenn es selbst sittenwidrig ist, die Nichtigkeit des Uebereignungsgeschäftes, falls dieses nicht auch selbst unsittlich sein sollte, nur dann zu bewirken, wenn beide zusammen ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB. bilden. Die Sittenwidrigkeit des Grundgeschäftes spielt vielleicht noch insofern eine Rolle, als sie Schlüsse auf die auch für die Frage nach der Sittenwidrigkeit des abstrakten Geschäftes nicht ganz gleichgültigen Zwecke der Uebereignung zuläßt. Festzuhalten ist, daß im übrigen das Leistungsgeschäft selbst gegen die guten Sitten verstoßen muß. Man braucht allerdings nicht so weit zu gehen, wie der Entwurf I zum BGB. § 106, der auf einen Verstoß des Inhaltes des Rechtsgeschäftes gegen die guten Sitten abstellte; es genügt, wenn die Motive und Zwecke, von denen die Vertragsschließenden sich leiten lassen, die objektive Gestaltung des Geschäftes als unsittlich erscheinen lassen. Ganz darf aber auf die Unsittlichkeit der objektiven Seite nicht verzichtet werden. Gänzlich mangelnde Unsittlichkeit der objektiven Seite des Geschäftes, zu der auch die objektiven Umstände, unter denen das Geschäft abgeschlossen wird, gerechnet werden müssen, kann nicht durch überschießende Unsittlichkeit der subjektiven Seite, der Zwecke und Motive der Kontrahenten, ersetzt werden. Auf der anderen Seite dürfen aber auch die Anforderungen an die Unsittlichkeit der objektiven Seite nicht übertrieben werden, denn sonst wäre den größten Gaunern, die es vielleicht verstehen, die gefährlichsten Absichten hinter einem Vertrage zu verbergen, der bei Ausscheiden der subjektiven Momente aus der Betrachtung einen nur harmlosen Eindruck macht, überhaupt nicht beizukommen. Insoweit es auf die Zwecke und Motive der Vertragschließenden ankommt, um gegen ein Rechtsgeschäft den Vorwurf der Unsittlichkeit zu begründen, erhebt sich die Frage: Ist es nötig, daß beide Teile unsittliche Zwecke verfolgen oder nicht? Das Reichsgericht sagt, wenn der Inhalt nicht sittenwidrig ist, dann müssen die subjektiven Voraussetzungen eines Verstoßes gegen die guten Sitten auf beiden Seiten erfüllt sein; es anerkennt allerdings eine Ausnahme für die Fälle, in denen die Unsittlichkeit des unsittlich handelnden Teils gerade in seinem Verhalten gegenüber dem anderen, nicht unsittlich handelnden Vertragsteil zu finden ist. Zu dieser Frage ist ungefähr zu sagen: Die Behauptung, dieses oder jenes Rechtsgeschäft verstoße gegen die guten Sitten, ist ein Urteil über den Gesamtcharakter des Geschäftes, das mit einiger Sicherheit erst nach Prüfung sämtlicher Umstände, also auch der Motive beider Parteien, abgegeben werden kann. Berechtigte Interessen der einen Partei an der Aufrechterhaltung des Vertrages müssen berücksichtigt werden; freilich braucht die Rücksichtnahme auch nicht auf die Spitze getrieben zu werden, denn vielfach hat auch der nicht unsittlich handelnde Vertragsteil nicht immer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages, manchmal hat er sogar ein Interesse an der Nichtigkeit des Geschäftes. (Knebel-Vertrag.)

Zur Belebung der vorhergehenden abstrakten Ausführungen seien noch einige Beispiele angeführt:

Nichtig kann das fiduziarische Uebereignungsgeschäft vor allem wegen Wuchers sein. Es bedarf aber, wenn die Wucherfrage akut wird, einer doppelt strengen Prüfung, ob das Erfordernis des auffälligen Mißverhältnisses der gegenseitigen

Leistungen vorliegt, wobei insbesondere zu berücksichtigen ist, daß der Fiduziar nicht nur die Sache zu Eigentum erhalten, sondern auch deren Rückübereignung versprochen hat, was eben auch eine Leistung im Sinne des § 138 Abs. II BGB. darstellt.

Im § 2 dieser Abhandlung ist erwähnt, daß man sich viele Mühe gegeben hat, in den Fällen, in denen lebensnotwendige Sachen fiduziiert wurden, den Fiduzianten als Simulanten hinzustellen. Die Aussichtslosigkeit eines solchen Unternehmens ist dort dargelegt, womit allerdings nicht gesagt sein sollte, daß diese Geschäfte auf alle Fälle rechtswirksam seien. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß viele dieser Geschäfte unsittlich sind, auch wenn nicht die strengen Wuchervoraussetzungen gegeben sind; wenn z. B. ein Kriegsinvalide in der Schenke bereits seine Unterstützung verzecht hat und er sich weiteren Kredit dadurch verschafft, daß er seine künstlichen Glieder zur Sicherung dem Wirte übereignet, so sind diese Geschäfte zweifellos unsittlich.

Unsittlich sind vor allem auch die Verträge, die praktisch auf eine Kredittäuschung der Gläubiger des Fiduzianten oder Knebelung des Fiduzianten hinauslaufen, und es ist sehr erfreulich, daß auch die herrschende Lehre solchen Geschäften die rechtliche Anerkennung versagt.[6])

Man wird auch Dernburg[7]) zustimmen müssen, wenn er sagte, ein fiduziarisches Geschäft, durch das ein Schuldner seine Habe einem Dritten übereignet, um sie dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen, sei nach § 138 BGB. als nichtig anzusehen. Der Einwand, daß das Anfechtungsgesetz Veräußerungsgeschäfte zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung für anfechtbar und somit für nicht nichtig erklärt, kann nicht überzeugend gegen Dernburg ins Feld geführt werden. Es läßt sich nicht bestreiten, daß das gewöhnliche Veräußerungsgeschäft zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung und das fiduziarische Veräußerungsgeschäft zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung eine verschiedene Behandlung verlangen. Die Geschäfte der ersten Art sind nicht so häufig wie die der zweiten Gattung, da auch der bedrängte Schuldner es sich genau überlegen wird, ob er seine Sache ohne jeden weiteren Rechtsanspruch auf sie irgend jemand ausliefern soll; dagegen ist er viel eher dazu bereit, die Sache zunächst wegzugeben, wenn sie demnächst wieder zurückgegeben werden muß. So müßten diese Geschäfte zu einer wahren Pest ausarten, wenn man diese Geschäfte nicht etwa mit Dernburg für nichtig halten würde.[8]) Sie können aber für nichtig gehalten werden, denn sie sind auch rechtlich etwas anderes als die gewöhnlichen Veräußerungsgeschäfte zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung. Es wird zwar zugegeben, daß die Vertragschließenden in beiden Fällen subjektiv gleich unsittlich handeln, objektiv sind aber die Vertragsstrukturen verschieden. Beim gewöhnlichen Veräußerungsgeschäft liegt in der Regel eine farblose Veräußerung[9]) vor, beim fiduziarischen Veräußerungsgeschäft dagegen ist immer ein dem gesunden Verkehr anrüchiges „Hin und Her" vereinbart, sodaß bei Einbeziehung der subjektiven Momente in die Betrachtung mit Recht das ganze Rechtsgeschäft für unsittlich erklärt wird.

Bei allen fiduziarischen Uebereignungsgeschäften, bei denen das gleiche anstößige Manöver mit dem Hin- und Herschieben vorgenommen wird — und das ist ja meistens der Fall —, ist Nichtigkeit des fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes wegen Unsittlichkeit anzunehmen, wenn die Kontrahenten bezw. der eine oder andere der Kontrahenten (siehe weiter oben) von unsittlichen Zwecken und Motiven geleitet sind. Wegen Unsittlichkeit sind also vor allem nichtig jene fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte, die abgeschlossen werden, damit der gut-

6) Vergl. z. B. Planck 1. Teil § 138 Anm 6 S. 365.

7) Dernburg Bürgerl. Recht I § 172 III Anm. 11 S. 566.

8) Diese Frage ist umso wichtiger, da nicht jedes Geschäft, das zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung vorgenommen wird, anfechtbar ist.

9) Es sei denn, daß die „farblose Veräußerung" unter „anrüchigen Umständen" vorgenommen wird. Vergl. § 138 Abs. II BGB.

gläubige Fiduziar Eigentum oder wenigstens lastenfreies Eigentum erwerbe und dann dieses erst erworbene Eigentum bezw. entlastete Eigentum auf den Fiduzianten, der früher überhaupt nicht Eigentümer oder nur Eigentümer einer belasteten Sache war, zurückübertrage. Hierher gehören auch jene Fiduziierungen, die vorgenommen werden, damit der an sich leistungsfähige Fiduziant, der Aussicht hat, unterhaltspflichtig zu werden, als armer Mann dasteht, der nicht leistungsfähig genug ist, um unterhaltspflichtig zu werden. Nicht hierher können jene fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte gerechnet werden, bei denen der Fiduziar selbst ein eigenes schutzwürdiges Interesse an dem fiduziarischen Geschäfte hat. Nicht hierher gehören auch jene fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte, die zum Zwecke der Sicherung von Spielschulden und Ehemählerlöhnen geschlossen werden. Die Bezahlung und Sicherstellung dieser Ansprüche ist durchaus nicht unsittlich.[10]) Es ist freilich möglich, daß durch das Hinzukommen gewisser anderer Umstände diese Geschäfte doch unsittlich werden.

Die angeführten Beispiele zeigen, daß § 138 BGB. einen recht ansehnlichen Behelf wenigstens gegen die schlimmsten Auswüchse der fiduziarischen Uebereignung darstellt und daß er wenigstens teilweise „die fehlenden, aber dringend gebotenen Schranken der Vertragsfreiheit"[11]) zu ersetzen vermag.

---

10) Vergl. das Sprichwort: Spielschulden sind Ehrenschulden.
11) Vergl. Planck 3. Teil § 1204 Anm. 2a S. 1153.

§ 5.

Die Erfordernisse des fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes.

Da es nach den im § 2 dieser Abhandlung gemachten Ausführungen keinem Zweifel mehr unterliegen kann, daß eine Sache in durchaus ernstlicher Weise fiduziiert werden kann, erscheint es nunmehr angebracht, die einzelnen Erfordernisse eines fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes zusammenzusuchen.

Im Großen und Ganzen ist zu der Frage nach den Voraussetzungen eines fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes zu sagen: Weil das fiduziarische Uebereignungsgeschäft regelmäßig ein Rechtsgeschäft ist, dessen „erster Teil" eine Uebereignung darstellt und dessen „zweiter Teil" gewisse Verpflichtungen für den Eigentumserwerber-Fiduziar in Bezug auf die übereignete Sache begründet, kann ein fiduziarisches Uebereignungsgeschäft regelmäßig nur dann zustande kommen, wenn sowohl die Voraussetzungen einer gewöhnlichen Uebereignung als auch die Voraussetzungen gegeben sind, von deren Vorliegen sonst die rechtsgeschäftliche Begründung von Verpflichtungen von der Art der „gewissen Verpflichtungen" abhängig ist. Für die fiduziarische Uebereignung gilt dieser Grundsatz zwar nicht ausnahmslos, auf die Ausnahmen soll aber erst weiter unten näher eingegangen werden. Erschöpft sich aber, was zwar auch möglich, aber doch wohl nur selten der Fall ist, die „fiducia" in einer dem Eigentum angehängten auflösenden Bedingung, dann ist zur Fiduziierung lediglich die Uebertragung der Sache unter entsprechender Bedingung erforderlich.

Mit diesen beiden Regeln hat die Frage nach den Erfordernissen eines fiduziarischen Uebereignungsgeschäftes im wesentlichen ihre Beantwortung gefunden; es seien nur noch zur Behebung bestehender und zur Vermeidung möglicher Meinungsverschiedenheiten folgende Einzelheiten besonders hervorgehoben:

Was die Geschäftsfähigkeit der Kontrahenten anlangt, so ist vom Fiduzianten immer, sowohl im Falle der Fiduziierung der eigenen Sache als auch im Falle der Fiduziierung einer fremden Sache, volle Geschäftsfähigkeit bezw. beschränkte Geschäftsfähigkeit in Verbindung mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu verlangen, mag auch die Fiduziierung einer fremden Sache manchmal scheinbar ein recht vorteilhaftes Geschäft darstellen.

Bei der Beantwortung der Frage nach der Geschäftsfähigkeit des Fiduziars ist ein Unterschied zu machen. Besteht die fiducia auch in obligatorischen Verpflichtungen des Fiduziars, dann muß auch der Fiduziar voll geschäftsfähig sein bezw. wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bei der Hinnahme der Sache zu fiduziarischem Eigentum mit Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters handeln. Erschöpft sich aber die fiducia in einem entsprechend auflösend bedingten Eigentum, was allerdings nur selten der Fall sein wird, dann erwirbt der Fiduziar nur ein minderwertigeres Eigentum, sein Erwerb stellt aber immer noch nur einen rechtlichen Vorteil, wenn dieser auch beschränkt ist, dar. Daß er gemäß § 160 BGB. als bedingter Eigentümer in gewissem Sinne gebunden ist, vermag hieran nichts zu ändern. Denn die indirekten „Verpflichtungen", die § 160 dem bedingten Eigentümer auferlegt, treffen erst recht den Nichteigentümer und können deshalb keineswegs als rechtlicher Nachteil betrachtet werden, den die bedingte Uebereignung dem Fiduziar erst brächte.

Die Bestimmungen über die Verfügungsmacht desjenigen, der Eigentum übertragen will, gelten in gleicher Weise für den Fiduzianten. Ebenso würden die eventuell auf Grund Art. 119 E. G. zum BGB. erlassenen landesrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen in gleicher Weise auch eine fiduziarische Uebereignung untersagen oder beschränken, es sei denn, daß diese Bestimmungen gerade für die fiduziarische Uebereignung eine Ausnahme vorsehen würden.

Nichts anderes gilt bezüglich der Erwerbsbeschränkungen. Derjenige, der z. B. durch die auf Grund der Art. 86—88 E. G. zum BGB. ergangenen landesrechtlichen Vorschriften im Erwerbe gewöhnlichen Eigentums beschränkt ist, kann auch kein fiduziarisches Eigentum erwerben, es sei denn, daß diese Ausnahme besonders getroffen wäre.

Diese beiden letzten Gesichtspunkte müssen deshalb besonders betont werden, weil Anlaß zur Befürchtung besteht, daß auch in die Bestimmungen über Beschränkung der Verfügungsmacht und der Erwerbsfähigkeit die beliebte Unterscheidung zwischen formeller und materieller Veräußerung hineingetragen und dann mit der Behauptung aufgewartet wird, die Beschränkungen der Verfügungsmacht und Erwerbsfähigkeit gelten selbstverständlich nur für das materielle Veräußerungsgeschäft, keineswegs aber für das formelle Veräußerungsgeschäft, wie es die fiduziarische Uebereignung darstellt. Es müssen aber wohl auch jene, die zwar den Unterschied zwischen „gehören im Sinne des BGB." und „gehören im Sinne der Konkursordnung" mitmachen, jene Argumentierung verwerfen, weil nicht angenommen werden darf, daß in so fundamentalen Fragen das BGB. seiner eigenen Terminologie untreu wäre, oder das E.G. zum BGB. und die einzelnen Ausführungsgesetze zum BGB. in ihrer Terminologie von der des Hauptgesetzes abweichen würden.

Es können ausnahmslos alle Sachen, die einer gewöhnlichen Uebereignung fähig sind, fiduziiert werden. Wenn Nathan[1]) meint, Gegenstand der Eigentumssicherung könnten nicht sein die im Eigentum eines Grundstückseigentümers stehenden Zubehörstücke, da sie von der Hypothek erfaßt und von der hypothekarischen Haftung nur durch die Entfernung vom Grundstücke frei werden können, so ist dies nicht richtig. Es gibt keine Vorschrift, die ein solches Verbot auch nur mittelbar zum Ausdruck brächte, im Gegenteil. § 1121 BGB. setzt sogar eine Veräußerung des Zubehörstückes voraus. Eine andere Frage ist es freilich, ob der Fiduziar lastenfreies Eigentum erwirbt oder ob das erworbene Eigentum mit eventuellen Hypotheken belastet bleibt. Wenn die Uebereignung nur mittels constitutum possessorium erfolgt — in den Fällen also, die Nathan behandelt — wird das Zubehörstück wahrscheinlich doch nicht vom Grundstücke entfernt werden und deshalb auch noch verhaftet bleiben, sodaß dem Fiduziar sein Eigentum wenig oder gar nichts nützt. Es ist aber denkbar, daß auch in solchen Fällen die Zubehörstücke von der hypothekarischen Belastung frei werden, z. B. wenn der Fiduziant sie vom Grundstücke trennt oder deren Zubehöreigenschaft aufhebt. (§§ 1121 Abs. I, 1122 Abs. II BGB.)

Quelle vieler Meinungsverschiedenheiten ist die Frage nach der Fiduziierung von Warenlagern und sonstigen Sachinbegriffen. Die Uebereinstimmung in dieser Frage beschränkt sich darauf, daß ein Sachinbegriff rechtlich nicht als eine Sache behandelt werden kann, daß also die Fiduziierung eines Sachinbegriffs auch nur durch Fiduziierung der einzelnen Sachen bewirkt werden kann, und darauf, daß, wenn Teile eines Sachinbegriffes fiduziiert werden sollen, diese Teile hinreichend konkretisiert sein müssen. Bestritten aber schon ist die Frage, ob der Fortbestand des fiduziarischen Eigentums an einer Sachgesamtheit oder an Teilen davon oder überhaupt an einer einzelnen Sache davon abhängig ist, daß es bestimmt bleibt, welche Sachen fiduziiert sind. Das Reichsgericht[2]) bejaht diese Frage ohne

1) Nathan: a. a O. S 46 Anm. 12.
2) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 113 S. 57. Juristische Wochenschrift 1927 S. 2453. Sättler, Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten.

überzeugende Begründung. Richtig aber ist wohl die vom Reichsgericht abgelehnte Auffassung, daß eine Beeinträchtigung der Bestimmtheit der fiduziierten Sachen rechtlich nichts anderes ist als eine Vermengung und daß deshalb die Eigentumsverhältnisse nach § 948 BGB. beurteilt werden müssen.[3])

Viel Staub hat auch die Frage aufgewirbelt, ob ein Warenlager überhaupt mittels constitutum possessorium übereignet werden kann, ohne daß dem Fiduzianten die Berechtigung zur Verfügung über das Warenlager entzogen wird. Höniger verneint diese Frage, weil er „in der Berechtigung zur freien Verfügung über eine veräußerte Sache, die dem Fiduzianten eines Warenlagers doch meist zustehen soll, eine direkte Negation des Herausgabeanspruchs auf die konkrete Sache sieht, dessen Begründung doch Voraussetzung für die Uebereignung mittels constitutum possessorium ist".[4])

Soviel die sehr scharfsinnigen Ausführungen Hönigers auch für sich haben, es kann ihnen trotzdem nicht gefolgt werden. Denn seine Ausführungen sind höchstens für den Fall richtig, daß dem Veräußerer das Recht belassen ist, über die veräußerte Sache g a n z f r e i zu verfügen. Eine so freie Rechtsstellung des Fiduzianten aber, wie sie Höniger zum Kernpunkt seiner Erörterungen macht, widerspricht nicht nur dem Herausgabeanspruch, wie Höniger meint, sondern erst recht dem Willen der Parteien. Diese wollen nämlich nicht, daß der Fiduziant schalte und walte, wie es ihm gutdünkt, sie wollen vielmehr, daß sich der Fiduziant an die Grundsätze ordentlicher Geschäftsführung hält und die Sachen unter bestimmten Voraussetzungen an den Fiduziar zu dessen Befriedigung aus den Sachen herausgibt. Niemand will also, daß der Fiduziant g a n z f r e i sein soll in Bezug auf die veräußerte Sache; eine solche Vereinbarung könnte vielleicht der Annahme eines Herausgabeanspruchs entgegenstehen; gewollt ist vielmehr schon auch eine gewisse Bindung des Fiduzianten, diese „beschränkte Freiheit" des Fiduzianten ist aber recht wohl mit der Annahme eines Herausgabeanspruchs auf die veräußerte Sache verträglich; besteht doch die Beschränkung gerade in der Verpflichtung zur Herausgabe der übereigneten Sache unter bestimmten Umständen.

Bonnet[5]) hat denn auch verschiedene mögliche Konstitutverhältnisse vorgeführt; sein Katalog soll noch um ein weiteres Beispiel bereichert werden. In § 6 dieser Abhandlung wird davon gesprochen, daß der Fiduziant zur Sicherung seines Anspruchs auf Rückübereignung sich ein Pfandrecht an der fiduziierten Sache bestellen lassen könne. Tut er das gleich bei der Fiduziierung, besitzt er also die fiduziierte Sache als Pfandgläubiger für den Fiduziar, dann ergibt sich ganz zwanglos ein solches Konstitutverhältnis. Die bei der Fiduziierung von Warenlagern unvermeidliche Abrede, der Fiduziant soll die einzelnen Stücke im ordentlichen Geschäftsbetriebe veräußern dürfen, verträgt sich sowohl mit der Tatsache, daß der „Fiduziar" Eigentümer ist, als auch mit der Tatsache, daß der „Fiduziant" Pfandgläubiger ist. Das BGB. selbst erkennt diese Verträglichkeit in einem ähnlichen Falle dadurch an, daß es dem Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes das Eigentum an den Inventarstücken zuschreibt, die der Pächter nachschafft, und dem Pächter ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken einräumt und ihm andererseits die Verfügung über die einzelnen Inventarstücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gestattet. (§§ 588 und 590 BGB.) Gegen die vorstehenden Ausführungen läßt sich nicht einwenden, daß die angezogenen Bestimmungen, weil sie einen Ausnahmefall darstellen, sich gegen eine entsprechende Anwendung sträuben.

3) Eine andere Frage ist es aber, ob der Fiduziar, der sein Miteigentum geltend machen will den schuldigen Beweis führen kann, daß Miteigentum eingetreten ist. Es kann nämlich sein, daß alle fiduziierten Stücke veräußert wurden und daß alle noch vorhandenen Stücke erst später geliefert wurden, ohne daß sie in das Eigentum des Fiduziars übergegangen wären und ohne daß damals wegen Vermengung Miteigentum eingetreten wäre.

4) Höniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, Zeitschrift des deutschen Notarvereins, 11. Jahrg. S. 177 ff.

5) Bonnet: Die Sicherungsübereignung, insbesonders von Warenlagern. Tübinger Dissert. 1912.

Die zitierten Bestimmungen werden nämlich nicht analog übertragen, sondern nur zum Beweise benützt, daß die Abrede, der Fiduziant soll die einzelnen Stücke im ordentlichen Geschäftsbetriebe veräußern dürfen, weder mit der Tatsache, daß der Fiduziar Eigentümer ist, noch mit der Tatsache, daß der Fiduziant Pfandgläubiger ist, in Widerspruch steht.

Einer Erklärung bedarf auch die dem fiduziarischen Uebereignungsgeschäft eines Warenlagers durch Uebergabeersatz gewöhnlich beigefügte Klausel „mitsamt den nachgeschobenen Stücken". Diese Klausel bedeutet keineswegs, daß der Fiduziar allein schon durch die Klausel Eigentümer der erst nachzuschiebenden Stücke wird; das Eigentum an diesen erwirbt der Fiduziar erst auf folgenden Wegen. Ist der Fiduziant unmittelbarer Besitzer des Warenlagers, dann muß der Fiduziant erst einer bereits erfolgten Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses gemäß — siehe weiter unten — den mittelbaren Besitz an den nachgeschobenen Sachen für den Fiduziar begründen, was dadurch geschehen kann, daß der Fiduziant die nachgeschobene Sache dem Bestande einverleibt, dessen Besitz er dem Fiduziar vermittelt. Ist ein Dritter im Besitze der nachgeschobenen Sache, dann muß der Fiduziant den Anspruch auf Herausgabe der nachgeschobenen Sache, der ihm gegen den Dritten zusteht, an den Fiduziar abtreten. Zu diesen Erfordernissen muß noch die Einigung über den Eigentumsübergang hinzukommen. Diese Einigung kann sich der Fiduziant auch selbst als Vertreter des Fiduziars erklären. Diese Einigung kann aber auch in der Klausel selbst liegen. Die Klausel kann ferner auch die Bedeutung, daß das zum Zwecke der Uebereignung der bereits vorhandenen Sachen vereinbarte Konstitutverhältnis auch zum Zwecke der Uebereignung der erst nachzuschiebenden Sachen vereinbart sein soll, bezw. die Bedeutung einer Abtretung der künftigen Ansprüche auf Herausgabe der erst nachzuschiebenden Sachen haben. Das Eigentum an der nachgeschobenen Sache erwirbt der Fiduziar aber trotz der bereits erfolgten Abtretung des künftigen Herausgabeanspruchs erst dann, wenn der bereits mit der Klausel abgetretene künftige Anspruch ein gegenwärtiger geworden ist, d. h. die Sache nachgeschoben ist. Hat sich der Lieferant an der nachgeschobenen Sache das Eigentum vorbehalten, dann richtet sich der Eigentumserwerb des Fiduziars nach §§ 933, 934 BGB.

Da Warenlager nicht allzu selten den letzten, aber ganzen Rest des Vermögens eines Kaufmanns darstellen, drängte sich die Frage auf, ob eine rechtswirksame Uebertragung des Warenlagers voraussetzt, daß sich der Fiduziant in einer dem § 311 BGB. Art. 141 E.G. zum BGB. genügenden Form hierzu verpflichtet hat. Bonnet[6]) schneidet diese Frage zwar an, geht aber dem Kern der Frage aus dem Wege mit der Begründung, der Anspruch auf Rückübereignung stelle selbst ein nicht unbeachtliches Vermögensstück dar, sodaß also nie von der Fiduziierung eines ganzen Vermögens die Rede sein könne. Das ist aber nicht ganz richtig. Der Anspruch des Fiduzianten auf Rückübereignung ist nämlich vielfach nur höchst theoretischer Natur, während praktisch schon feststeht, daß er nie und nimmer befriedigt werden wird; für solche Fälle läßt sich aber doch nicht dartun, daß der Anspruch des Fiduzianten auf Rückübereignung einen wirklichen Vermögenswert darstellt.[7])

---

6) a. a. O. S. 49.

7) Aus demselben Grunde kann der Erwerb eines Warenlagers zu fiduziarischem Eigentum recht wohl als Uebernahme eines Vermögens im Sinne des § 419 BGB. zu betrachten sein. Der Anspruch des Fiduzianten auf Rückübereignung ist nicht in allen Fällen etwas wert. In dem von Bonnet S. 49 a. a. O. gegebenen Beispiel kann von der Uebernahme eines Vermögens freilich nicht die Rede sein, aber nicht wegen des unbedingt wertvollen Anspruches des Fiduzianten auf Rückübereignung, sondern deshalb, weil diesem „sonstige Mittel" in die Hand gegeben wurden. § 419 stellt übrigens das Gegengewicht dar gegen die große Gefahr, die in der Fiduziierung eines Warenlagers liegt. Die Gläubiger des Fiduzianten können gegen den Fiduziar freilich erst vorgehen, wenn sie einen vollstreckbaren Titel gegen diesen in der Hand haben.

Richtig ist vielmehr, daß die Uebertragung des Vermögens von der Gültigkeit des Verpflichtungsgeschäftes unabhängig ist. Ist die Fiduziierung erfolgt zum Zwecke der Erfüllung einer vermeintlichen Verpflichtung zur Uebertragung des Vermögens, die Verpflichtung selbst aber wegen des Mangels an einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht begründet worden, dann ist die Fiduziierung zwar rechtswirksam, der Fiduziar aber wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Herausgabe verpflichtet, da der Formmangel hier durch die Uebertragung nicht geheilt wird. Meistens aber wird die Fiduziierung nicht zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung zur Uebertragung vorgenommen, sondern mit der Fiduziierung des Warenlagers ist irgendein Erfolg bezweckt. In diesen Fällen ist die Fiduziierung selbst auch vollgültig. Der Fiduziar ist dann zur Herausgabe wegen ungerechtfertigter Bereicherung nur verpflichtet, wenn der bezweckte Erfolg nicht eintritt; daß eine Verpflichtung zur Uebereignung nicht bestand, ist in diesem Falle auch für die Frage der ungerechtfertigten Bereicherung belanglos.

Im umgekehrten Falle, wenn der Fiduziar ein ganz vermögensloser Mann ist, wenn also das ihm fiduziierte Warenlager „sein ganzes Vermögen" darstellt, ist für die Begründung seiner Rückgabeverpflichtung die Beobachtung der Form des § 311 BGB. Art. 141 E.G. zum BGB. auch nicht erforderlich; denn der Fiduziar des Warenlagers verpflichtet sich nicht summarisch zur Rückgabe des ganzen Warenlagers, sondern Stück für Stück, genau so wie ihm das Warenlager Stück für Stück übereignet werden muß.

Im Anschluß hieran muß noch der Frage näher getreten werden, ob es zur Fiduziierung eines Grundstücks erforderlich sei, daß sich der Fiduziar in einer dem § 313 BGB. Art. 141 E.G. zum BGB. genügenden Form zur Rück- bezw. Weiterübereignung verpflichtet.

Die herrschende Lehre [8]) bejaht diese Frage, betrachtet aber durch die Auflassung und die Eintragung der Hingabe des Grundstücks zu fiduziarischem Eigentum auch den Mangel der Form, an dem die noch nicht vollzogene Rückgabe bezw. Weitergabeverpflichtung des Fiduziars leidet, ausnahmsweise als geheilt.

Dem praktischen Ergebnis, zu dem die herrschende Lehre gelangt, nämlich, daß die Rückgabeverpflichtung des Fiduziars auch dann besteht, wenn dieser nicht in einer gerichtlichen oder notariellen Urkunde sich zur Rück- bezw. Weiterübereignung verpflichtet hat, ist beizutreten, nach des Verfassers Meinung aber aus anderen Gründen. Man kann nämlich noch so viel drehen und deuteln, über den klaren Wortlaut des § 313 BGB., der besagt, daß erst die Rück- bezw. Weiterauflassung und die entsprechende Eintragung den Mangel der Form heilt, kommt man nicht hinaus. Man kommt viel weiter, wenn man gleich von vornherein sich auf den Standpunkt stellt, die Begründung der für das Treuhandverhältnis typischen Rück- oder Weiterübertragungsverpflichtung bedarf gar nicht der Form des § 313 BGB., Art. 141 E.G. zum BGB. Zur Einnahme dieses Standpunktes berechtigt zunächst die Tatsache, daß das Treuhandverhältnis, wenn es auch schließlich nicht begrifflich ein Auftragsverhältnis darstellt, doch innerlich mit einem solchen so wesensverwandt ist, daß der Uebertragung des durch § 667 bezw. § 662 BGB. zum Ausdruck gebrachten Gedankens auf die Fälle der fiduziarischen Uebereignung nichts im Wege steht. Andererseits verbietet der Sinn und Zweck des § 313 eine Ausdehnung dieses Paragraphen auf die fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte. § 313 will nämlich mit Rücksicht auf die soziale Bedeutung des Grundbesitzes den Eigentümer von Grundstücken vor Verschleuderung seines Grundbesitzes durch übereilte, namentlich durch sogen. Wirtshausgeschäfte schützen.

---

8) Vergl. Planck: II. Teil § 313 Anm. 6 S. 344.
Schultze: Rezension Goltz's: Fiduziarisches Rechtsgeschäft in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 53 S. 355. Wie hier Gruchots Beiträge, Neue Folge 5. Jahrg. Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts Nr. 44 S. 551.

§ 313 kann also seinem Sinn nach nur dann angewendet werden, wenn er den Fiduziar in der geschilderten Weise zu schützen vermag; eine Anwendung dieses Paragraphen würde aber den Fiduziar nicht nur nicht in der Weise schützen, wie es das Gesetz seiner Tendenz nach will, sondern im Gegenteil sogar schaden, was doch mit dem Zwecke des § 313 in einem unlösbaren Widerspruche stünde. Die Hingabe des Grundstücks zu Eigentum erfolgt doch bei den fiduziarischen Uebereignungsgeschäften zu dem Zwecke, damit der andere, der Fiduziar, es zu treuen Händen besitze, also auch zur Rück- oder Weiterübertragung unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet sei. Würde dieser mit der Hingabe des Grundstücks bezweckte Erfolg nicht eintreten, weil eben zufolge § 313 die Begründung dieser bezweckten Rückgabe- bezw. Weitergabeverpflichtung an eine Form geknüpft ist, die nicht erfüllt ist, dann wäre der Erwerber gemäß § 812 zur sofortigen Rückgabe verpflichtet, er hätte also nicht nur nichts gewonnen, sondern offensichtlich verloren. Die Anwendung des § 313 würde also in diesen Fällen eine Folge haben, die diese Bestimmung eigentlich verhindern will.

§ 6.

Die dingliche Seite der fiduziarischen Uebereignung.

Wenn es richtig ist, daß eine Sache in rechtsgültiger Weise fiduziiert werden kann, dann bedarf es noch einer Erörterung der Fragen, wie jene sogen. fiduziarischen Uebereignungsgeschäfte juristisch zu konstruieren sind und welche rechtliche Wirkung und Bedeutung ihnen zukommt.

Man geht bei einer Beantwortung dieser Fragen zweckmäßiger Weise davon aus, was diese Abhandlung — im Großen und Ganzen mit der herrschenden Lehre übereinstimmend [1]) — als fiduziarische Uebereignung betrachtet, nämlich von der eingangs gemachten Bemerkung: „jene Rechtsgeschäfte, durch die der Fiduziant dem Fiduziar zwar Eigentum überträgt, aber keineswegs Eigentum für alle Zeiten und zu dem Zwecke, daß der Fiduziar nach freiem Belieben mit seiner Sache schalte und walte, sondern nur Eigentum für eine beschränkte Zeit und zu dem Zwecke, daß er das erhaltene Eigentum, das manchmal in gewisser Beziehung auch seinen eigenen Interessen dienen soll, schließlich doch in den Dienst fremder Interessen stelle."

Aus dieser Bemerkung folgt zunächst, daß durch das fiduziarische Uebereignungsgeschäft, wie sein Name schon sagt, Eigentum übertragen wird; es frägt sich also nur, ob der dem einzelnen fiduziarischen Uebereignungsgeschäft eigentümlichen Zweckbestimmung eine das übertragene Eigentum modifizierende Kraft innewohnt.

Die idealste Modifikation des dem Fiduziar anvertrauten Eigentums wäre wohl dann gegeben, wenn mit der fiduziarischen Uebereignung auf den Fiduziar nicht alle Befugnisse, die aus dem Eigentum hervorgehen, sondern nur eine der jeweiligen Zweckbestimmung des Geschäftes entsprechende Anzahl von diesen Befugnissen übertragen würde. Von diesem Ideal haben sich auch viele Theoretiker leiten lassen und haben sich demgemäß mit der Konstruktion eines solchen besonderen „fiduziarischen Eigentums" abgegeben. Alle diese Versuche, auf die nicht näher eingegangen werden soll, laufen praktisch auf eine Teilung des Eigentums hinaus. Allein sie entbehren jeglicher Stütze im geltenden Recht und sind daher rundweg abzulehnen. „Das Eigentum unseres BGB. läßt sich nämlich nicht so teilen, daß dem einen und dem anderen eine Reihe (je nach der Interessenlage verschieden) bestimmter, im Eigentum liegender Befugnisse zugewiesen wird und dem beiderseitigen Rechte der Charakter des Eigentums beigemessen wird." [2]) Auch gewohnheitsrechtlich hat die Möglichkeit, die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse in beliebig bestimmter Weise zu spalten, keine Anerkennung gefunden. Es fehlt zwar, wie schon erwähnt, in der Theorie nicht an den entsprechenden Konstruktionen, jedoch hat sich noch keine von ihnen zu einer beherrschenden Stellung emporgeschwungen, sodaß also auch jede von ihnen noch weit davon entfernt ist

1) Man streitet zuweilen nur darum, ob es zur „reinen Treuhänderschaft" gehört, daß der Fiduziar ein eigenes Interesse an der zu treuen Händen gegebenen Sache hat. So wohl Krückmann, Jur. Wochenschr. 1926 S. 799 zu Nr. 8, der in den Fällen, in denen dem Fiduziar kein eigenes selbständiges Interesse an der flíduziierten Sache zukommt, von Durchgangsposten spricht, in den anderen Fällen aber von Treuhandposten. A. A. dagegen Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht a. a. O. S. 2, der die Fälle ohne eigenes Interesse des Fiduziars als die Fäle der reinen Treuhänderschaft den Fällen mit eigenem Interesse des Fiduziars als den Fällen der gemischten Treuhänderschaft gegenüberstellt.

2) Motive III § 848 S. 262.

einen Rechtssatz darzustellen. Außerdem fehlt es für die Annahme eines solchen Gewohnheitsrechtes auch an einer diese Teilung anerkennenden Praxis. Diese hat vielmehr wiederholt ausgesprochen, daß „das einzige Eigentum, welches das BGB. kennt“, auf den Fiduziar übergeht.[3])

Wenn nun auch das dem Fiduziar übertragene Eigentum nicht durch eine je nach der Interessenlage verschieden erfolgende Spaltung des Eigentums beschränkt werden kann, so geht es andererseits viel zu weit, zu behaupten, bei der fiduziarischen Übereignung fehle jede dingliche Gebundenheit des Fiduziars.[4]) Dadurch nämlich, daß unser BGB. ausdrücklich von einigen Rechtsgeschäften sagt, sie können nicht von einer Bedingung abhängig gemacht werden, bringt es mittelbar zum Ausdruck, daß alle übrigen Geschäfte unter einer Bedingung abgeschlossen werden können. An einem solchen ausdrücklichen Verbot fehlt es aber für die Fälle der fiduziarischen Übereignung ebenso wie an einer sonstigen gesetzlichen Regelung der fiduziarischen Übereignung; es steht also der Beschränkung des Eigentums des Fiduziars durch Beifügung einer auflösenden Bedingung nichts im Wege.[5]) Die Beifügung einer auflösenden Bedingung wird nur in den seltensten Fällen ausdrücklich erfolgen. Gewöhnlich werden sich die Parteien auf die Übereignung und die Zweckbestimmung der Übereignung beschränken; es frägt sich dann, ob eine bedingte oder eine unbedingte Übereignung anzunehmen ist. Der Annahme einer bedingten Übereignung ist der Vorzug zu geben.

Unser geltendes Recht behandelt zwar die Übereignung als abstraktes Rechtsgeschäft, d. h. es läßt die Übereignung eintreten ohne Rücksicht auf den erstrebten Zweck. Mit dieser rechtlichen Behandlungsweise ist aber die psychologische Erscheinung, daß die Parteien nur so lange Eigentum übertragen wissen wollen, als der erstrebte Zweck es erfordert, nicht aus der Welt zu schaffen. Der Vorstellung der Parteien und dem dieser entspringenden Willen wird am besten die Annahme auflösend bedingten Eigentums gerecht. Die Konstruktion, es soll Eigentum übergehen und dann wieder zurückübertragen werden, ist meistens viel zu gekünstelt, als daß sie den Parteien geläufig wäre, sie würde ihnen vielmehr als lästiger Zopf erscheinen, den sie kaum gewollt haben, wenn sie bequemer zum Ziele kommen können; im Zweifel ist also das Eigentum des Fiduziars als in einer dem betreffenden Zwecke entsprechenden Weise auflösend bedingt zu betrachten.[6]) Auf den jeweiligen Inhalt der Bedingung kann aus dem Zwecke des Geschäftes geschlossen werden.

Durch die fiduziarische Übereignung erlangt also der Fiduziar gewöhnliches Eigentum. Dieses ist entweder in einer dem erstrebten Ziele entsprechenden Weise auflösend bedingt oder ist unbedingt, wenn das erstrebte Ziel nur auf dem Wege unbedingter Übereignung erreicht werden kann oder wenn die Parteien unbedingt übereignen wollen. Mit der fiduziarischen Übereignung hört der Fiduziant bezw. der alte Eigentümer, wenn eine fremde Sache fiduziiert wurde,

---

3) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 99 S. 143, Bd. 102 S. 386 Diese Urteile beziehen sich zwar auf die fiduziarische Abtretung von Forderungen, das Prinzip bringen aber auch sie zum Ausdruck. Kommentar der Reichsgerichtsräte § 930 Anm 6.

4) Vergl. Goltz, Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechts. Rostocker Dissertation 1901 S. 25.

5) Der Streit darüber, ob es mit dem Wesen der fiducia vereinbar sei, daß das dem Fiduziar übertragene Recht selbst dinglich beschränkt wird, ist letzten Endes ein Streit um Worte. Eine Beschränkung der Rechtsmacht des Fiduziars durch Beifügung einer Bedingung erkennen an Schultze a. a. O. S 19, Lütgebrune a a. O. S. 52, Dernburg a. a. O. S. 503, während andere, z. B Nathan a. a. O. S. 11 und Linckelmann a a O S. 212 der fiduziarischen Übereignung die bedingte Übereignung gegenüberstellen, woraus geschlossen werden muß, daß sie in der bedingten Übereignung keine fiduziarische Übereignung mehr sehen. Der letzten Ansicht muß zugegeben werden, daß fiducia und dingliche Beschränkung der übertragenen Rechtsmacht bis zu einem gewissen Grade begrifflich im umgekehrten Verhältnis zu einander stehen, denn je „größer“ die Beschränkung ist, desto weniger ist dem anderen „anvertraut“; sie deckt sich auch mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts Bd. 62, S. 391.

6) So zuerst vor allem Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht a. a O. S 19 ff.; ihm ist Lütgebrune a. a. O. S. 52 beigetreten.

auf, Eigentümer zu sein; es verbleibt ihnen höchstens eventuell ihr Anwartschaftsrecht. Mit dieser Tatsache des Eigentumsübergangs ist es aber durchaus verträglich, daß die Parteien kraft Vereinbarung ihr gegenseitiges Verhältnis in gewisser Beziehung so behandelt wissen wollen, als ob der Fiduziant noch Eigentümer wäre. Diese Vereinbarungen wirken aber nur obligatorisch, nicht dinglich. Der erfolgte Eigentumsübergang wird auch vom Gesetz in gewisser Beziehung ausdrücklich ignoriert.[7])

Mit dem Eintreten der Bedingung endigt das Eigentum des Fiduziars und es tritt der frühere Rechtszustand wieder ein.[8]) Keineswegs aber endigt das fiduziarische Eigentum durch Wegfall der für die Übereignung erforderlichen Konkretisierung. Ist aber das Eigentum des Fiduziars unbedingt, dann verbleibt der Fiduziar auch nach Erledigung des Zweckes Eigentümer, er ist dann nur zur Rückübereignung verpflichtet.

Mit dieser Rückübereignung wird aber keineswegs der frühere Rechtszustand wieder hergestellt, sondern der Fiduziant wird wieder Eigentümer oder erst Eigentümer, falls er eine fremde Sache fiduziiert hat. Diese Konsequenz wird von Kiehl[9]) bestritten; doch können seine Ausführungen nicht vom Gegenteil überzeugen. Wenn nämlich der Obersatz Kiehls, „daß das Eigenartige derartiger Veräußerungsgeschäfte sich darin zeigt, daß der unmittelbare Rechtserfolg des Geschäftes mit dem erfolgten Geschäftszweck innerlich nicht in Einklang steht", richtig ist, dann ist seine Schlußfolgerung „läßt sich sonach aber das fiduziarische Übereignungsgeschäft seiner wirtschaftlichen Bestimmung nach und in Gemäßheit des Innenverhältnisses überhaupt nur als ein Sicherungsgeschäft mit den Aufgaben eines Pfandrechts auffassen, dann erscheint nunmehr auch nur die Annahme als folgerichtig, daß zwar gegebenenfalls der gute Glaube des Erwerbes des ihm sicherungshalber gewährten (angeblichen) Rechts dazu dient, ihm nach außen hin eben die Rechtsstellung zu sichern, deren er teilhaftig geworden wäre, wenn das ihm übertragene, in Wirklichkeit nicht bestehende Recht Rechtsgültigkeit gehabt hätte, daß aber nach innen hin eine andere Tragweite dem guten Glauben hier nicht beigemessen werden kann", nicht ganz richtig; denn dieser Schluß läuft eben darauf hinaus, dem Rechtsgeschäfte nur die rechtliche Wirkung zukommen zu lassen, die mit dem wirtschaftlichen Zweck innerlich im Einklang steht, was aber nach den Ausführungen Kiehls selbst nicht der Fall ist. Wenn sich Kiehl zum Beweise seiner Auffassung bemüht, das Rechtsverhältnis zwischen dem alten Eigentümer und dem Fiduziar zu vergleichen mit dem zwischen dem auflösend bedingten Eigentümer und dem Anwärter oder mit dem zwischen dem Pfandschuldner und dem Pfandgläubiger, so sind diese Vergleiche höchstens für das wirtschaftliche Verhältnis richtig; in juristischer Hinsicht lassen sich aber seine Vergleiche nicht halten. Der Pfandschuldner ist sogar Eigentümer und der Anwärter steht wenigstens in einer dinglichen Beziehung zu seiner Sache, die wieder zum Vollrecht erstarken kann, während der alte Eigentümer durch die unbedingte Fiduziierung seiner Sache jede dingliche Beziehung zu dieser eingebüßt hat. Kiehl könnte nur dann beigetreten werden, wenn die Beziehung des alten Eigentümers zu der unbedingt fiduziierten Sache, die Kiehl wirtschaftliches Eigentum nennt, auch juristisch etwas ähnliches wäre wie ein Anwartschaftsrecht. Ein auch in juristischer Beziehung dem Anwartschaftsrechte vergleichbares wirtschaftliches Eigentum gibt es aber nicht und nimmt auch das Reichsgericht, auf das sich Kiehl zu berufen scheint, nicht an. Das Reichsgericht hat zwar in Bezug auf § 43 K.O., § 771 Z.P.O. der formellen Zugehörigkeit des BGB. die materielle Zugehörigkeit im Sinne jener Vorschriften gegenübergestellt; im übrigen aber hat

---

7) Vergl. Reichsabgabenordnung § 5.

8) Anderer Ansicht wohl Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, a. a. O. S. 21, der auch den Anfall an einen anderen für möglich hält.

9) Vergl. Kiehl a. a. O. S. 787.

es den Ausdruck „wirtschaftliches Eigentum“ wohl mit Absicht peinlichst vermieden, es hat es sogar ausdrücklich abgelehnt, auf die Frage nach der wirtschaftlichen und formellen Zugehörigkeit weiter einzugehen[10]), dafür aber, wie schon mehrmals erwähnt, ausgesprochen, daß das „einzige“ Eigentum auf den Fiduziar übergeht. Die unbestrittene Tatsache, daß der Veräußerer bezw. der alte Eigentümer das auf den Fiduziar übertragene Recht de iure eingebüßt hat, hat Kiehl wohl auch zugegeben, im übrigen aber versäumt, aus ihr den einzig richtigen Schluß zu ziehen, nämlich den, daß der alte Eigentümer dann das verlorene Eigentum auch nur auf einem der Wege, die unser geltendes Recht für den Erwerb von Eigentum eröffnet hat, zurückerwerben kann. Unser geltendes Recht kennt zwar einige wenige ausdrückliche Vorschriften — z. B. § 1381 BGB. —, denen zufolge das z. B. durch A erworbene Eigentum unter bestimmten Voraussetzungen mit dem Erwerbe durch A sofort auf B übergeht, es fehlt aber an einer solchen Vorschrift für die Fälle der Fiduziierung einer fremden Sache, fehlt es doch überhaupt für die fiduziarische Uebereignung an einer gesetzlichen Regelung. Es muß also auch, wenn man die fiduziarische Uebereignung nicht überhaupt ablehnen will, auch die von Kiehl abgelehnte Konsequenz hingenommen werden. Die Trostworte, die Kiehl am Ende seiner Ausführungen prägt, vermögen vielleicht auch diesen Schmerz zu lindern.

Der Kiehlsche Versuch ist letzten Endes auf das tiefeingewurzelte Bestreben zurückzuführen, wenigstens das „Mehr“, das das „Eigentum des Fiduziars“ gegenüber dem fehlenden besonderen „fiduziarischen Eigentum“ zunächst darstellt, durch Analogieen auf ein Minimum herabzudrücken. Diese unverkennbare Tendenz führte z. B. auch dazu, das dem Gläubiger zum Zwecke der Sicherung seiner Forderung anvertraute Eigentum auch in anderer Beziehung wie ein Pfandrecht zu behandeln und demgemäß z. B. § 401 BGB. sogar in der Weise analog anzuwenden, daß mit der Abtretung der gesicherten Forderung das sicherungshalber übertragene Eigentum unmittelbar auf den neuen Gläubiger übergeht. Dieser Einstellung verdankt wohl auch die Anregung Hellwigs[11]) § 805 ZPO. entsprechend anzuwenden ihren Ursprung. Solche Analogieen sind aber mit dem Wesen des Eigentums einfach unvereinbar, sie müssen daher abgelehnt werden.[12])

Auf dem Boden unseres Rechts führt nur ein Weg zur Verminderung des „Mehr“, das das Eigentum des Fiduziars gegenüber dem fehlenden besonderen fiduziarischen Eigentum zunächst darstellt, und zwar steht es nur bei den Parteien, ob dieser Weg gegangen werden soll. Wollen diese ihn gehen, dann müssen sie das Eigentum des Fiduziars durch Bestellung beschränkter dinglicher Rechte an der fiduziierten Sache eindämmen. Dieser Beschränkungsmöglichkeit kommt umso größere Bedeutung zu, da nicht allen fiduziarischen Übereignungsgeschäften eine auflösende Bedingung beigefügt werden kann; es empfiehlt sich daher, der zuletzt angeschnittenen Frage etwas näherzutreten.

Da einige der für die vorgeschlagene Beschränkung des Eigentums des Fiduziars in Frage kommenden Rechte nur in Anlehnung an eine Forderung bestehen können, sei vorweggenommen, was erst im nächsten Paragraphen ausgeführt werden soll; daß nämlich die für die fiduziarische Übereignung charakteristische Beschränkung, wenn sie nicht in dem Eigentum des Fiduziars selbst in Gestalt einer auflösenden Bedingung ihren juristischen Ausdruck findet, dann in einer dem erstrebten Zwecke entsprechenden Verpflichtung des Fiduziars zur Rück- oder Weiterübereignung der Sache besteht.[13])

---

10) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 79 S. 131.

11) Vergl. Hellwig, Gläubigernot a. a. O. II 2b S. 31.

12) Vergl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 91 S. 277.

13) Dieser Verpflichtung zur Rück- oder Weiterübereignung entspricht eine Verpflichtung, die Sache nicht anderweitig zu veräußern. Eine Verstärkung der Position des Fiduzianten durch Verdinglichung dieser Verpflichtung scheitert aber an der ausdrücklichen Vorschrift des § 137 BGB.

Dieser Anspruch des Fiduzianten auf Rückübereignung der fiduziierten Sache bezw. dieser Anspruch eines Dritten [14]) auf Übereignung der Sache an ihn kann nun, wenn es sich um die Fiduziierung eines Grundstücks handelt, durch Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch mit dinglicher Wirkung ausgestattet werden. [15])

Bei der Fiduziierung von Mobilien, die vielfach und zwar nicht nur in den Fällen der Sicherungsübereignung mittels constitutum possessorium vollzogen wird, kann sich der Fiduziant eine dingliche Zugriffsmöglichkeit auf die fiduziierte Sache dadurch verschaffen, daß er sich zugleich mit der Fiduziierung ein Pfandrecht an der fiduziierten Sache zur Sicherung seines Anspruchs auf Rückübereignung der fiduziierten Sache einräumen läßt. Diese Art der Sicherung wirkt in gewisser Hinsicht sogar stärker als die Sicherung durch Beifügung einer auflösenden Bedingung, da das Pfandrecht des besitzenden Fiduzianten kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 936 Abs. III BGB. unter einer Verfügung des ungetreuen Fiduziars nicht leidet, während, wenn bei auflösend bedingtem Eigentum der Fiduziar seine Sache durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs gegen den Fiduzianten weiter veräußert, der gutgläubige Erwerber unbedingtes Eigentum erwirbt, was zur Folge hat, daß das Anwartschaftsrecht des Fiduzianten untergeht (§§ 161 Abs. 3, 934 BGB.). Diese Sicherungsmöglichkeit hat weiter den Vorzug, daß sie die Schwierigkeiten, die hinsichtlich eines geeigneten Konstitutverhältnisses bestehen können, von selbst löst. Verlangt es der konkrete Zweck, dessen Erreichung mit der Fiduziierung erstrebt ist, daß die zu fiduziierende Sache dem Fiduziar zu unmittelbarem Besitz übergeben wird, kann also dem Fiduzianten kein Pfandrecht an der fiduziierten Sache bestellt werden, dann kann diesem immer noch ein Nießbrauchsrecht an der fiduziierten Sache bestellt werden. Hierdurch wird der Fiduziant auch geschützt, er entbehrt allerdings des Schutzes des § 936 Abs. 3 BGB.

Dem Fiduzianten von Grundstücken steht die gleiche Sicherungsmöglichkeit offen, indem er sich ein Recht an dem fiduziierten Grundstücke vom Fiduziar bestellen läßt. Er kann sich nur keine Hypothek für seinen Anspruch auf Rückübereignung bestellen lassen, da Hypotheken nur für Geldforderungen bestellt werden können; doch läßt sich diese Schwierigkeit leicht beheben, indem die Parteien die Hypothek eben für eine Schadensersatzforderung oder eine vereinbarte Vertragsstrafe bestellen.

All die erwähnten Sicherungsmöglichkeiten können übrigens auch für jeden Dritten bestellt werden. Sie schützen im Gegensatze zu der auflösenden Bedingung nicht etwa den alten Eigentümer schlechthin, sie kommen vielmehr unmittelbar dem zugute, für den sie bestellt worden sind, mittelbar auch interessierten Dritten, da diese sich unter Umständen auch an die bestellten Rechte halten können. Insoweit es sich um accessorische Rechte handelt, wie z. B. Pfandrecht und Hypothek, stehen diese Rechte natürlich nur dem zu, dem auch die zu sichernde Forderung zusteht. Die Forderung auf Übereignung der fiduziierten Sache kann aber auch einem anderen als dem Fiduzianten zustehen, sie kann auch zugunsten eines Dritten begründet worden sein.

Zur Begründung dieser Sicherungsmöglichkeiten müssen noch einige Bemerkungen gemacht werden. Die Vormerkung kann gemäß § 885 BGB. ohne jedes Zutun des Gläubigers in das Grundbuch eingetragen werden. Die Eintragung setzt lediglich die Bewilligung desjenigen, dessen Grundstück von der Eintragung betroffen wird, nämlich die Bewilligung des Fiduziars, und einen

---

14) Der Anspruch auf Weiterübereignung kann nämlich recht wohl auch zugunsten eines Dritten begründet werden.

15) Die Vormerkung ist zwar kein Recht an der Sache, da sie aber ähnlich wie ein solches wirkt, darf sie hier nicht vergessen werden.

entsprechenden Antrag an das Grundbuchamt voraus; mit der Vormerkung kann also jeder Dritte, wenn er Gläubiger ist, ohne seine Mitwirkung dinglich gesichert werden. Die Bestellung der anderen Rechte aber setzt die Mitwirkung der zu sichernden Personen selbst voraus, da diese Rechte nicht nach dem Vorbild des Vertrags zugunsten Dritter, den nur das Schuldrecht kennt, für Dritte bestellt werden können. Es kann aber durch nichts verhindert werden, daß der Fiduziant die Uebereignung in eigenem Namen vornimmt und zugleich als Vertreter — allerdings wohl meistens ohne Vertretungsmacht — für die zu sichernden Dritten an der Bestellung der erwähnten Sicherungsrechte mitwirkt. Die eventuell noch erforderliche Genehmigung des gesicherten Dritten wird wohl nicht ausbleiben, sodaß auch dieser Teil des Geschäftes voll wirksam wird.

Das zuletzt in Vorschlag gebrachte Verfahren stellt vielleicht einen Ersatz dar für das fehlende besondere fiduziarische Eigentum. Freilich kann dieses Ersatzmittel, weil es eben einmal nur ein Ersatzmittel ist, nicht alle Nachteile beheben, die das Eigentum des Fiduziars gegenüber dem besonderen fiduziarischen Eigentum eben hat. Die Nachteile, die sich nicht beseitigen lassen, müssen eben als Äquivalent für die Vorteile, die die fiduziarische Übereignung gegenüber der Verpfändung, dem Auftrag, der Verwahrung usw. hat, hingenommen werden.

§ 7.

Die obligatorische Seite der fiduziarischen Übereignung.

Die dem einzelnen fiduziarischen Übereignungsgeschäft eigentümliche Zweckbestimmung kann nach den Ausführungen im letzten Paragraph vielfach nicht in einem modifizierten Eigentum ihren juristischen Ausdruck finden. Diese Tatsache macht es nötig zu untersuchen, in welcher Form dann die Zweckbestimmung des fiduziarischen Übereignungsgeschäftes ihren juristischen Niederschlag finden wird.

Die Antwort kann nur lauten: Liegt die Beschränkung, welche der dem fiduziarischen Übereignungsgeschäft eigentümlichen Zweckbestimmung entspricht, nicht in der Sache selbst, d. h. im Eigentum des Fiduziars, dann muß sie in einer Beschränkung der Person des Fiduziars bestehen. Hiezu sind einige Erklärungen erforderlich. Liegt die Beschränkung in Gestalt einer auflösenden Bedingung im Eigentum des Fiduziars, so bedeutet diese sachliche Beschränkung zwar in gewisser Beziehung auch eine Beschränkung der Person des sachlich beschränkten Fiduziars, da dieser zufolge § 160 BGB. verpflichtet ist, in entsprechender Weise dafür zu sorgen, daß das von der Bedingung abhängige Recht nicht vereitelt oder beeinträchtigt wird. In den anderen Fällen aber ist nur die Person des Fiduziars in bestimmter Weise beschränkt, insofern als ihr bestimmte Verpflichtungen in Bezug auf die fiduziierte Sache obliegen. Es ist aber durchaus möglich, wenn auch nicht nötig — und diese Fälle sind gar nicht so selten —, daß neben der sachlichen Beschränkung des Eigentums und der in dieser liegenden persönlichen Beschränkung des Fiduziars noch rein persönliche Beschränkungen desselben einhergehen, die keineswegs Ausfluß einer dinglichen Beschränkung sind.

Zu diesen rein persönlichen Beschränkungen, soweit sie allein oder in Verbindung mit einer sachlichen Beschränkung die für die fiduziarische Uebereignung typische Beschränkung des Fiduziars ausmachen, soll in diesem Paragraphen Stellung genommen werden.

Zunächst ist der Inhalt dieser rein persönlichen Beschränkungen, d. h. Verpflichtungen ausfindig zu machen; denn wohl selten können die meist rechtskundigen Parteien den Wirrwarr der zwischen ihnen im Falle einer fiduziarischen Übereignung obwaltenden Beziehungen übersehen, sodaß sie es auch nie fertig bringen, einen genauen Katalog der dem Fiduziar obliegenden Verpflichtungen zu entwerfen. Trotzdem wollen die Parteien, daß der Fiduziar in entsprechender Weise verpflichtet wird, es fehlt ihnen nur die Fähigkeit, ihren Willen näher zu präzisieren. Diese scheinbar hiedurch entstehende Lücke auszufüllen, ist Sache der Auslegung, der sich ausreichende Anhaltspunkte darbieten in dem Zwecke, den die Parteien anstreben.

Vor allem muß erforscht werden, mit welchem Teile [1]) die fiduziierte Sache dem Interesse des Fiduziars und mit welchem Teile sie fremden Interessen dienen soll. Insoweit die fiduziierte Sache dem Interesse des Fiduziars dienen soll, insoweit ist er nicht nur nicht beschränkt, sondern berechtigt, seine Rechtsmacht in den Grenzen und zum Zwecke der Wahrnehmung seiner eigenen Interessen auszuüben:

---

1) Nicht Teil im Sinn von Bruchteil beim Miteigentum. Vergl. Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht a. a O. S. 2.

insoweit aber die fiduziierte Sache nicht seinen eigenen Interessen dienen soll, insoweit soll er verpflichtet sein, die fremden Interessen zu wahren.

Die einzelnen Verpflichtungen des Fiduziars, die aus seiner Generalverpflichtung zur Wahrung der fremden Interessen resultieren, lassen sich nicht vollständig aufzählen, sie dürfen deshalb vielleicht auf folgenden Generalnenner zurückgeführt werden: Der Fiduziar ist in Bezug auf die fiduziierte Sache verpflichtet zu tun, was im Interesse des Treugebers liegt, und zu lassen, was dessen Interessen zuwiderlaufen würde. Die Auffassung, das zwischen dem Fiduzianten und Fiduziar bestehende Rechtsverhältnis, das man in trefflicher Weise Treuhandverhältnis getauft hat, verpflichte den Treuhänder lediglich, die Treumacht nicht über den Treuzweck hinaus im eigenen Interesse zu mißbrauchen [2]), ist zu eng, als daß sie dem Wesen des Treuhandverhältnisses in seinem ganzen Umfange gerecht werden könnte, es sei denn, daß man auch gewisse Unterlassungen — z. B. die Unterlassung der Rück- oder Weiterübereignung — als einen verbotenen Mißbrauch betrachten wollte. Dann käme man nämlich auf einem Umwege dazu, auch Verpflichtungen positiver Richtung aus dem Treuhandvertrag resultieren zu lassen. Es dürfen allerdings auch nicht zu große — positive — Anforderungen an den Treuhänder gestellt werden, es sei denn, daß etwas Ausdrückliches vereinbart wäre. Das Reichsgericht sieht in diesem Treuhandverhältnis begrifflich einen Auftrag. [3]) Darüber läßt sich nun ja zwar streiten; jedenfalls aber ist in vielen Beziehungen eine innere Wesensgleichheit mit dem Auftrage unverkennbar und diese Wesensverwandtschaft bringt es mit sich, daß der Fiduziar oft zu ähnlichen Leistungen verpflichtet ist, wie ein Beauftragter.

Die augenfälligste Verpflichtung, die aus dem Treuhandverhältnis für den Fiduziar entspringt, geht auf Zurückübertragung des Eigentums an den Fiduzianten bezw. auf Übertragung des Eigentums an einen Dritten. Diese Verpflichtung kann sofort mit der Hingabe des Eigentums an den Fiduziar entstehen, und zwar sowohl als eine sofort fällige als auch als eine betagte. Sie kann aber auch aufschiebend bedingt oder befristet sein. Manchmal wird sie sofort mit der Hingabe des Eigentums an den Fiduziar entstehen, und zwar wahrscheinlich als sofort fällige, wenn dieser das Eigentum an einen Dritten weitergeben soll, oder als eine betagte, wenn der Fiduziar das Eigentum an den Fiduzianten zurückübertragen soll. Die Verpflichtung zur Rück- oder Weiterübereignung wird aufschiebend bedingt oder befristet sein, wenn der Fiduziar ein eigenes Interesse und somit ein eigenes Recht an der fiduziierten Sache hat. Was die Parteien gewollt haben, muß von Fall zu Fall erforscht werden. Von praktischer Bedeutung ist der hier aufgezeigte Unterschied nur für die Verjährung des Übereignungsanspruchs, und zwar kommt für die Frage der Verjährung nur die Frage in Betracht, ob eine sofort fällige Verpflichtung des Fiduziars zur Rück- oder Weiterübereignung mit der Hingabe schon entsteht oder nicht, während der unvergleichlich schwierigeren Frage, ob eine betagte Verpflichtung sofort entsteht, oder ob die Verpflichtung von einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abhängen soll, nur theoretischer Wert zukommt. Wird nämlich diese Verpflichtung zur Rück- oder Weiterübereignung der fiduziierten Sache als eine sofort fällige begründet, dann beginnt die Verjährungsfrist sofort, in den anderen Fällen aber erst mit dem Tage, von dem ab die Rück- oder Weiterübereignung verlangt werden kann.

Vorhin wurde beispielsweise angedeutet, daß die Verpflichtung des Fiduziars zur Rück- oder Weiterübereignung in den Fällen, in denen die fiduziierte Sache auch den eigenen Interessen des Fiduziars dienen soll, meist aufschiebend bedingt oder befristet sein wird, d. h. daß die Rückgabe oder Weitergabe des Eigentums erst von dem Tage ab geschuldet wird, an dem das eigene rechtlich geschützte Inter-

2) Vergl. Gruchots Beiträge, neue Folge, 3. Jahrgang, aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts Nr. 44 S. 551.

3) Wie Anm. 2) und Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 59 S. 191.

esse des Fiduziars in Wegfall gekommen ist.[4]) Jene Andeutung legt die Frage nahe, welchen Einfluß es auf die Verpflichtung des Fiduziars zur Rück- oder Weiterübereignung ausübt, wenn das Interesse des Fiduziars rechtlich nicht voll geschützt ist, z. B. weil die Forderung verjährt ist oder aus einem Spielvertrag resultiert. Für den Fall der Verjährung der gesicherten Forderung findet diese Frage ihre klare Beantwortung in § 223 Abs. II BGB. dahin, daß die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des gesicherten Anspruchs gefordert werden kann, d. h. nicht geschuldet ist. Nicht so klar liegt die Rechtslage, wenn die durch das Eigentum gesicherte Forderung nicht wegen Verjährung, sondern wegen ihres Ursprungs aus einem Spiel- oder Wettvertrag sozusagen eine Forderung 2. Klasse darstellt. § 762 Abs. I Satz 2 BGB. sagt nur, daß das auf Grund des Spiels oder der Wette Geleistete nicht zurückgefordert werden kann; welche Leistungen, ob nur die Leistungen zum Zwecke der Erfüllung oder auch die Leistungen zum Zwecke der Sicherheit das Gesetz von der Rückforderung ausschließt, ist direkt nicht ausgesprochen. Die herrschende Lehre versteht diese Stelle im engeren, nur die Erfüllungsleistungen umspannenden Sinne und gestattet eine Rückforderung des zum Zwecke der Sicherheit Geleisteten ohne Unterschied, ob die Sicherheit in einem Pfand oder fiduziarischem Eigentum besteht. Es kann aber diese Auffassung wohl kaum dem Wortlaute und Zwecke dieser Vorschrift gerecht werden. Wenn nämlich das Gesetz in seinem § 762 Abs. I Satz 2 nur sagt „das Geleistete" und es sich erspart, die Angabe des näheren Zwecks der Leistung in seine Bestimmung einzubeziehen, so kommt es bestimmt nicht daher, daß das Gesetz im ersten Satz sagt, eine Verbindlichkeit wird durch einen Spiel- oder Wettvertrag nicht begründet, also sprachlich streng genommen eigentlich auch in seinem zweiten Satz nicht sagen kann, das zum Zwecke der Erfüllung einer Spielschuld Geleistete könne nicht zurückgefordert werden; denn das Gesetz bedient sich im 2. Absatze selbst dieser an sich nicht ganz korrekten Ausdrucksweise. Es kann also nicht behauptet werden, es wären nur Erfüllungsleistungen gemeint, das Gesetz hat diesen an sich auch Sicherheitsleistungen umfassenden Ausdruck nur gebraucht, um eben der vorhin angedeuteten sprachlichen Schwierigkeit auszuweichen. Nach dem Wortlaute ist also auch die Rückforderung der möglichen Sicherheitsleistungen ausgeschlossen, wobei nicht übersehen werden darf, daß in Form eines Pfandrechtes eine Sicherheit für eine Spielschuld nicht möglich ist, da das Pfandrecht infolge seiner accessorischen Natur nur in Anlehnung an eine Forderung bestehen kann, die für den Bestand des Pfandrechts wesentliche Forderung aber hier nach ausdrücklicher Vorschrift nicht begründet wird. Auf dem Umwege der fiduziarischen Uebereignung kann aber eine Sicherheit für eine Spielschuld geleistet werden. Wollte man die Rückforderung dieser geleisteten Sicherheit gestatten, dann würde man den Zweck des § 762 wenigstens teilweise vereiteln oder doch mindestens gefährden. Diese Bestimmung will nämlich auch Prozesse wegen Spielschulden ausschließen; wäre aber die Rückforderung der möglichen Sicherheit möglich, dann wären Prozesse wohl unvermeidlich.[5])

Der Verpflichtung des Fiduziars, die fiduziierte Sache an den Fiduzianten zurückzuübertragen oder an einen bestimmten Dritten weiter zu übertragen, entspricht eine andere Verpflichtung des Fiduziars, nämlich die die Sache im Zweifel nicht an einen beliebigen Dritten zu veräußern. Diese Verpflichtung ist an sich viel zu selbstverständlich, als daß man überhaupt nur in Versuchung kommen könnte, sie besonders zu betonen, wenn nicht das Reichsgericht eine Auseinandersetzung mit dieser Frage nötig gemacht hätte.

Das Reichsgericht hat nämlich für den Fall, daß eine durch Uebertragung des Eigentums gesicherte Forderung abgetreten wird, ausgesprochen, daß der neue

4) Von einem Wegfall des Interesses des Fiduziars kann aber dann noch nicht die Rede sein, wenn der Fiduziar die gesicherte Forderung abtritt. Das Interesse des Fiduziars geht dann zwar nicht auf seine Befriedigung aus der Sache, sondern darauf, daß dem Zessionar die Forderung gesichert ist.

5) Vergl. Motive Bd. II S. 644.

Gläubiger regelmäßig einen Anspruch gegen den bisherigen Gläubiger auf Übertragung des diesem sicherungshalber abgetretenen Rechts erwirbt. Nun unterliegt es ja wohl keinem Zweifel, daß der Fiduziar sich entgegen seiner Treuhänderpflichten zur Übereignung der fiduziierten Sache an einen Dritten rechtswirksam verpflichten kann. Daß es aber ausgerechnet bei „gebührender Berücksichtigung der §§ 157, 242 BGB. ohne weiteres als Willen der Parteien (Zedent-Fiduziar — Zessionar) erachtet werden darf[6]), daß das sicherungshalber übertragene Recht auf den neuen Gläubiger übertragen werden muß, macht einen merkwürdigen Eindruck auf den, der bedenkt, daß doch der Fiduziar sich dadurch, daß er sich zur Weiterübereignung verpflichtet, eventuell eines Treubruchs schuldig macht. Schließlich kann auch nicht für alle Fälle die Behauptung aufrecht erhalten werden, der Fiduziant-Schuldner stimme immer im Voraus der Übereignung an den Zessionar zu, da doch vielfach eine solche Weiterübereignung die Interessen des Fiduzianten kreuzt. Man stelle sich doch nur vor, wie in der Praxis meistens die Verhältnisse liegen. Der bedrängte Schuldner überträgt seine lebensnotwendigen Sachen einem Dritten, zu dem er vielleicht Vertrauen hat, nie und nimmer wird er für alle Fälle damit einverstanden sein, daß die Sachen weiter übereignet werden, da die Weiterübereignung seine Interessen meistens gefährdet.

In einer anderen Entscheidung kommt das R.G. zu dem gleichen Ergebnis auf dem Wege einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB., ohne sich mit dem § 664 BGB. auseinanderzusetzen, was doch für das Reichsgericht[7]) unbedingt erforderlich gewesen wäre, da es doch in einer Sicherungsübereignung sogar begrifflich einen Auftrag sieht.

Zu einer befriedigenden Lösung dieser Frage kann man nur von dem immer und immer wieder zu machenden Unterschiede aus gelangen: inwieweit dient die Sache dem Interesse des Fiduziars und inwieweit dem des Fiduzianten. Insoweit sie dem Interesse des Fiduzianten dient, darf der Fiduziar im Zweifel „die Ausführung des Auftrags" nicht weiter übertragen; insoweit sie seinen Interessen dient, kann er seine Rechte weiterübertragen, aber immer nur unbeschadet der Interessen und Rechte des Fiduzianten. So muß es dem Fiduziar gestattet werden, daß er seinen Zessionar die Befriedigung aus der trotz der Abtretung in seinem Eigentum verbliebenen Sache suchen läßt; ihm aber die Sache zum Zwecke der Sicherung weiter zu übereignen, berührt und verletzt im Zweifel die Interessen des Fiduzianten, sodaß auch anzunehmen ist, daß im Zweifel der Fiduziar die Sache nicht weiter übereignen darf. Es läßt sich auch rechtlich und tatsächlich nichts dagegen einwenden, wenn man es bei gebührender Berücksichtigung der §§ 157, 242 als Willen der Parteien erachtet, daß der Zedent-Fiduziar dem Zessionar die Befriedigung wegen der abgetretenen Forderung aus der ihm sicherungshalber übertragenen, aber trotz der Abtretung in seinem Eigentum verbliebenen Sache gestatten muß. Was die entsprechende Anwendung des § 401 BGB. anlangt, wie sie sich in der Entscheidung des Reichsgerichts findet, so ist sie abzulehnen[8]), sie könnte bisweilen eine erhebliche Gefährdung, ja sogar Verletzung der Interessen des Fiduzianten bedeuten. Denjenigen, die der Auffassung des Reichsgerichts folgen, stellt sich folgende Schwierigkeit in den Weg, auf die das Reichsgericht gar nicht eingeht. Wenn wirklich mit der Abtretung der durch Sicherungsübereignung gesicherten Forderung der Fiduziar-Zedent zur Weiterübereignung der fiduziierten Sache an den Zessioar zufolge analoger Anwendung des § 401 BGB. verpflichtet wird, dann muß von Fall zu Fall die Frage geprüft

6) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 89, S. 193.

7) Vergl Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 91 B. 277 ff. Das Reichsgericht meint, § 401 BGB. dürfe vielleicht nicht so analog angewandt werden, daß das sicherungshalber abgetretene Recht unmittelbar auf den neuen Gläubiger übergeht, wohl aber in der Weise, daß der neue Gläubiger regelmäßig einen Anspruch gegen den bisherigen Gläubiger auf Übertragung des ihm sicherungshalber abgetretenen Rechts erwirbt.

8) Ebenso Planck 2. Teil § 401, 1 b S 564, wie das Reichsgericht. Staub, § 349 Handelsgesetzbuch Anm. 48.

werden, ob in einer Übereignung zu treuen Händen nicht auch eine Vereinbarung des Inhalts, daß die Abtretung der gesicherten Forderung überhaupt ausgeschlossen sein soll, zu erblicken ist, da ja sonst die Verpflichtung des Fiduziars, die Sache nicht weiter zu veräußern, nahezu illusorisch wäre. Einer solchen Vereinbarung käme aber gemäß § 399 BGB. dingliche Wirkung zu und sie hätte zur Folge, daß der „Zessionar" eben die Forderung nicht erwirbt und also auch nicht von einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB. die Rede sein könnte.

Dient die Sache zur Sicherung einer Forderung, dann darf natürlich der Fiduziar die Sache veräußern, um sich aus dem Erlöse zu befriedigen, es sei denn, daß das Gegenteil vereinbart wäre. Er hat aber bei der Veräußerung die Interessen des Fiduzianten wahrzunehmen; an die strengen Vorschriften, die für den Verkauf des Pfandes aufgestellt sind, ist er nicht gebunden. Dies ist bestritten; darüber bestehen freilich keine zwei Meinungen, daß der Fiduziar als Eigentümer mit seiner Sache tun und lassen kann, was er will, Raape[9]) hat vielmehr die Frage richtig dahin präzisiert, daß es darauf ankomme, ob der Fiduziar tun und lassen darf, darf im Verhältnis zum Fiduzianten. Die Antwort aber, die Raape gibt, ist übertrieben einheitlich, sie ist viel zu schematisch. Kann doch sogar der Pfandgläubiger unter Umständen eine abweichende Art des Pfandverkaufs verlangen (vergl. § 1246 Abs. 1 BGB.), warum soll der viel freiere Sicherungseigentümer dieses Recht nicht haben? Der Fiduziar hat den Verkauf so zu besorgen, wie es am vorteilhaftesten ist. Da in der Regel der freihändige Verkauf genau so viel verspricht sowohl für den Gläubiger wie für den Schuldner wie die gebührenpflichtige Versteigerung, kann nichts dagegen eingewendet werden, wenn der Fiduziar die ihm sicherungshalber übereignete Sache freihändig veräußert. Es ist sogar möglich, daß der Fiduziar die fiduziierte Sache nicht nur verkaufen darf, sondern verkaufen muß, um sich zu befriedigen und dann die Hyperocha an den Schuldner herauszugeben.[10])

Dieses zwischen dem Fiduzianten und Fiduziar bestehende Schuldverhältnis ist es übrigens, das die berühmte Verschiedenheit der Innen- und Außenseite der Rechtsstellung des Fiduziars ausmacht. Für dieses Schuldverhältnis gilt nichts Besonderes, es ist den Vorschriften des allgemeinen Teils des Rechts der Schuldverhältnisse unterworfen, also auch dem § 275 BGB. Dieser Paragraph wird deshalb besonders hervorgehoben, weil er befähigt ist vielleicht die Zweifel zu lösen, die das Problem „Gefahrtragung" auslöste und dem auch einige Zeilen gewidmet seien. Wenn Bonnet[11]) meint: „Endlich kann bei der Sicherungsübereignung die Gefahrtragung nicht, wie es normalerweise der Fall sein müßte, mit der Übergabe auf den Fiduziar übergehen, wenn ungerechte Folgen vermieden werden sollen", so kann dem nicht beigetreten werden. Wenn Lütgebrune[12]) — allerdings in anderem Zusammenhang — unter Gefahrtragung die Weiterhaftung des Schuldners-Fiduzianten für die gesicherte Schuld versteht, so spricht er nur eine Selbstverständlichkeit aus.

Zur Klärung dieser Fragen sei folgendes gesagt: Man muß auch hier zunächst scharf trennen, inwieweit die Sache dem Interesse des Fiduziars und inwieweit sie dem Interesse des Fiduzianten dienen soll. Geht die fiduziierte Sache unter, so geht sie dem Fiduziar verloren (casum sentit dominus), doch ist sein Verlust nicht größer als sein Interesse. Mit dem zufälligen Untergang der Sache wird nämlich der Fiduziar auch von seiner Rückgabeverpflichtung frei (§ 275 BGB.), insoweit wird das Interesse des Fiduzianten berührt, insoweit trägt dieser die Gefahr. Außerdem sind noch folgende Unterschiede zu machen, soweit es sich um die Fälle der Sicherungsübereignung handelt: Hat der Fiduziant die Sache fiduziiert zum Zwecke der Erfüllung einer Verpflichtung zur Sicher-

---

9) Raape: a. a. O. S. 57.
10) Vergl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 20 S. 169
11) Bonnet a. a. O. S. 14.
12) Lütgebrune a. a. O. S. 27.

heitsleistung oder nicht. War er nicht verpflichtet, dann ist er zur Beschaffung neuer Sicherungsobjekte für den Gläubiger nicht verpflichtet, es sei denn, daß der Fiduziant zugleich mit der Hingabe der Sache zu Sicherungszwecken sich auch zur Sicherheitsleistung verpflichtete; in diesem Falle ist er auch zum Nachschube verpflichtet. Leistete der Fiduziant die Sicherheit in Erfüllung einer Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, dann muß noch ein Unterschied beachtet werden. War der Fiduziant zur Sicherheitsleistung im technischen Sinne verpflichtet, dann ist er noch zur Sicherheitsleistung verpflichtet; denn charakteristisch für die Pflicht zur Sicherheitsleistung ist es, daß die Gewährleistung eines Zustandes geschuldet ist; dadurch, daß zunächst eine Sicherheit bestellt wird, wird eine solche Verpflichtung nicht erfüllt, sie erlischt also auch nicht; sie bleibt vielmehr fortbestehen und wirkt dadurch fort, daß sie den Fiduzianten zur Ergänzung der entwerteten Sicherheit verpflichtet. (Vergl. § 240 BGB.) Es ist aber möglich, daß der Fiduziant nicht zur Sicherheitsleistung im technischen Sinne verpflichtet war, sondern nur zu einer Pfandbestellung. Dann war eine einmalige Handlung, bestehend in einer Pfandbestellung oder hier in einer Übertragung von Eigentum zu Sicherungszwecken geschuldet; diese Verpflichtung ist erfüllt und damit erloschen und kann also nicht Quelle neuer Verpflichtungen für den Fiduzianten sein. Vereinbaren dann die Parteien noch etwas besonderes über die Gefahrtragung, dann soll das vielfach lediglich „eine freilich vielleicht Unklarheit stiftende Klarstellung der gesetzlichen Gefahrverteilung" sein. Ob solche Vereinbarungen überhaupt auf eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Bestimmung der Gefahrtragung abzielen und welcher Art die Abweichung sein soll, ist Sache der Auslegung. Soll der Fiduziar zur Gefahrtragung verpflichtet sein, so hat das wohl die Bedeutung, daß der Fiduziar für die untergegangenen Sachen Ersatz zu leisten hat, soll der Fiduziant die Gefahr tragen, so heißt das wohl, daß der Fiduziant, falls die Fiduziierung auch den Interessen des Fiduziars diente, diesem erneut eine Sache fiduziieren muß.

Es bedarf noch der Klarstellung des Verhältnisses der obligatorischen Abreden zum Übereignungsgeschäft. Der Inhalt der den Fiduziar treffenden Verpflichtungen bringt es mit sich, daß sie frühestens mit der erfolgten Übereignung entstehen können. Treuhänderpflichten ohne Übereignung sind logisch undenkbar; die Frage ist also auch nur die, in welcher Weise das Nichtzustandekommen der Treuhänderpflichten auf die Übereignung einwirkt, die für sich betrachtet an sich gültig ist.

Wenn Lütgebrune[13]) meint, als etwas Selbständiges, Fertiges in diesem Sinn erscheine der dingliche Vertrag der Übereignung keineswegs, sodaß er ohne das obligatorische Rechtsgeschäft der condictio anheimfallen würde, so ist das zweifellos richtig, aber keineswegs erschöpfend. Man wird wohl am besten, wenn die obligatorischen Abreden nicht zustandekommen, zufolge § 139 BGB. auch die Übereignung für nichtig halten, wenn nicht anzunehmen ist, daß diese gültig sein soll. § 812 Abs. 1 Satz 2 sagt wohl, diese Verpflichtung (zur Herausgabe) besteht auch dann, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg (hier die Begründung der Verpflichtungen des Fiduziars) nicht eintritt, d. h. daß die Übereignung auch dann zustande komme, wenn der bezweckte Erfolg nicht eintritt. Wenn aber der bezweckte Erfolg in einem Rechtsgeschäfte mit der Übereignung erreicht werden soll — und das ist ja für die fiduziarische Übereignung charakteristisch, daß zugleich mit der Übereignung die Beschränkung eintritt — dann muß man das Verhältnis der obligatorischen Abreden zur Übereignung zuerst nach § 139 BGB. beurteilen und erst dann, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien trotzdem einen Eigentumsübergang wollen, kann das „Verhältnis des Fiduziars zum Fiduzianten" nach §§ 812 ff. BGB. beurteilt werden.

13) Lütgebrune a. a. O. S. 49.

Ab und zu ist trotz Nichtigkeit der obligatorischen Abreden Gültigkeit der Übereignung anzunehmen, weil manchmal die Parteien schließlich auch auf diesem Wege zum Ziele kommen können; dann ist nämlich „der Fiduziar“ zwar nicht auf Grund eines Treuhandverhältnisses zur Rück- oder Weitergabe verpflichtet, sondern auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung zur Herausgabe der Sache. Dieser Bereicherungsanspruch ist mit der Hingabe schon fällig, was wichtig für die Verjährung ist. War der Zweck des fiduziarischen Übereignungsgeschäftes in der Art bestimmt, daß dem Leistenden ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt, ohne daß das Übereignungsgeschäft selbst unsittlich ist, dann scheitert der Anspruch des Fiduzianten auf Herausgabe der fiduziierten Sache gegen den Fiduziar an der Vorschrift des § 817 Satz 2 BGB. Diese Tatsache gibt Anlaß zur Vermutung, daß in den Fällen, in denen die fiducia unlauteren Zwecken dienen soll, bei Nichtigkeit der obligatorischen Abreden auch die Übereignung nicht gewollt ist. Da in diesem Falle dem Fiduzianten der auf ungerechtfertige Bereicherung des Fiduziars beruhende Anspruch auf Herausgabe versagt ist, ist die Erreichung des vom „Fiduzianten“ erstrebten Zieles mindestens gefährdet; was sollte denn dann den Fiduzianten veranlassen, die ihm nachteilige Übereignung trotz Nichtigkeit des für ihn wesentlichen Teiles des Geschäftes zu wollen? Ist die Übereignung selbst nichtig, dann kann der Fiduziant seine Sache zurückverlangen gemäß § 985 BGB., auch wenn mit der Hingabe unsittliche Zwecke verfolgt wurden. Staub [14]) bekämpft diese Ansicht, die übrigens herrschend ist; allein seine Begründung schlägt wohl nicht durch.

---

14) Staub, Handelsgesetzbuch, Anhang zu § 346 Anm. 6. Die allgemeinen Sätze **„potior est conditio possidentis“** und **„nemo auditur propriam turpitudinem allegans“**, die nach Staub angeblich zur Anwendung des Grundgedankens des § 817 Satz 2 BGB. drängen, kennt unser Recht nicht. Würden sie gelten, dann wäre unser § 817 Satz 2 BGB., wenn nicht schädlich, so doch mindestens überflüssig. Im Ergebnis stimmt diese Auffassung auch mit der des Reichsgerichts überein. (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 70 S. 5, Bd. 63 S. 354) obwohl sich das Reichsgericht in seinem Urteil Bd. 63 S. 189 der Staubschen Auffassung bedenklich nähert, indem es dort ausführt, man kann nicht auf einem Umwege zu dem gerade entgegengesetzten Ergebnis kommen; in der im Bd. 68 S. 97 ff abgedruckten Entscheidung hat das Reichsgericht diesen bedenklichen Grundsatz wohl aber wieder aufgegeben.

§ 8.

Einzelne bestrittene Konsequenzen der fiduziarischen Übereignung.

Die beiden vorhergehenden Paragraphen sind einer Beschreibung der juristischen Natur der fiduziarischen Übereignung gewidmet. Den dort gemachten Ausführungen kommt aber nicht nur theoretische Bedeutung zu, sondern auch praktische, nämlich insbesondere für die Frage der Verwirklichung der Rechte des Fiduzianten und des Fiduziars. Einer Darstellung der Fragen, wie sich im einzelnen diese Rechtsverwirklichung gestaltet, bedarf es aber nicht, wenigstens insoweit nicht, als sich die Rechtsverwirklichung in einer der juristischen Natur der fiduziarischen Übereignungsgeschäfte entsprechenden Weise vollzieht. Da sich aber die Praxis und viele Theoretiker scheuen, gewisse Konsequenzen aus der juristischen Natur der fiduziarischen Übereignung zu ziehen, ergibt sich noch die Notwendigkeit, zu den Fragen Stellung zu nehmen, die vielfach eine Entscheidung gefunden haben, die nicht als das Ergebnis strenger Rechtskonsequenz betrachtet werden kann.

Es kommen die Fragen in Betracht: Kann der Fiduziant die sub pacto fiduciae übertragene Sache im Konkurse des Fiduziars aussondern und kann er der Pfändung der fiduziierten Sache durch Gläubiger des Fiduziars widersprechen?

Zur ersten Frage ist zunächst zu sagen, daß der Fiduziant die sub pacto fiduciae übertragene Sache nicht aussondern kann, es sei denn, daß das Eigentum des Fiduziars auflösend bedingt wäre und die Bedingung sich erfüllte. Für dieses Ergebnis spricht die Rechtskonsequenz und dieses Ergebnis wird auch dem Verkehrsbedürfnis gerecht.

Die Theoretiker [1]), die im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht gewähren, stimmen unter sich in ihrer Begründung nicht überein; ihre Uebereinstimmung beschränkt sich auf das Ergebnis und das Zugeständnis, daß ihr Resultat vielleicht nicht das Ergebnis strenger Rechtskonsequenz sei. In ihrer Begründung gehen die Vertreter der Gegenmeinung davon aus, daß die wirtschaftlichen Belange ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten fordern, das ihm das Gesetz nicht vorenthalten könne. Die einen sehen das erforderliche Aussonderungsrecht im § 43 K.O. selbst begründet, indem sie das Erfordernis „gehörig" = „wirtschaftlich gehörig" setzen und behaupten, die fiduziierte Sache gehöre wirtschaftlich dem Fiduzianten; die anderen finden die Rechtfertigung des Aussonderungsrechtes des Fiduzianten in einem besonderen Rechtssatze, der sich gewohnheitsrechtliche Anerkennung verschafft habe. Das Reichsgericht ist der ersten Auffassung beigetreten und gewährt das Aussonderungsrecht dem Fiduzianten auf Grund des § 43 K.O.

---

1) Eine Aufzählung der einzelnen Theoretiker, die den einen oder anderen Standpunkt vertreten, kann man sich ersparen, da die hier zur Debatte stehende Frage doch nicht durch Mehrheitsbeschluß entschieden werden kann. Umfangreiche Literaturnachweise finden sich bei Jäger, Komm. z. Konkursordnung § 43 Anm. 38 S. 106. Die Literaturangaben bei Jäger leiden nur an dem Mangel, daß die Theoretiker, die die Aussonderung von Treugut schlechthin zulassen, nicht getrennt werden von jenen, die die Aussonderung des Treugutes nur bei der sogen deutschrechtlichen Treuhänderschaft zulassen, z. B. Schultze: Iherings Jahrbuch Bd. 43 S. 22 und 56 und in der Zeitschrift für des ges. Handelsrecht Bd. 52 S. 353 und Lütgebrune a. a. O. S. 51.

Das grundlegende Urteil des Reichsgerichts [2]) in dieser Frage zerfällt in seinem Aufbau in zwei Teile; im ersten Teile bemüht sich das Reichsgericht, seinen Standpunkt geschmackhaft zu machen, während der zweite Teil das Ergebnis juristisch rechtfertigen soll. Zu dieser Entscheidung muß eingehend Stellung genommen werden, da sie im wesentlichen alle Gründe bringt, die bis jetzt zur Rechtfertigung des Aussonderungsrechts des Fiduzianten vorgebracht wurden.

Das Reichsgericht verwertet zunächst zugunsten des Aussonderungsrechts des Fiduzianten die Überlegung, daß ohne eine abweichende gesetzliche Regelung den Konkursgläubigern zu deren Befriedigung an dem Vermögen des Gemeinschuldners nicht mehr Rechte zustehen, als der Gemeinschuldner selbst besaß. [3]) Dieses Argument hat aber wohl nicht mehr für sich als die entgegengesetzte Erwägung: Der Fiduziar darf zwar an sich die Sachen nicht verwerten, er kann sie aber verwerten, also können sie auch die Gläubiger des Fiduziars verwerten.

Wenn das Reichsgericht weiter meint, darüber bestehen keine zwei Meinungen, daß eine abweichende Regelung der konkursmäßigen Behandlung von fiduziarischen Rechtsgeschäften der in Frage stehenden Art mit den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit nicht vereinbar wäre, so ist dieser Satz bei weitem nicht so selbstverständlich, wie es das Reichsgericht haben möchte. Dieses Moment in Verbindung mit dem anderen, das Verkehrsbedürfnis fordere das Recht auf Aussonderung der fiduziierten Sache durch den Fiduzianten, das in der fraglichen Entscheidung zwar direkt nicht zum Ausdruck gelangt, hält der Verfasser für den springenden Punkt der ganzen Entscheidung; denn hätte das Reichsgericht es nicht für ein Postulat der materiellen Gerechtigkeit gehalten, dem Fiduzianten ein Recht auf Aussonderung der fiduziierten Sache zu gewähren, dann hätte es sich bestimmt nicht die Mühe gemacht, das Aussonderungsrecht „formell" zu rechtfertigen. Da also das Reichsgericht wahrscheinlich die eigentliche „materielle" Rechtfertigung seines Standpunktes in diesem Moment findet, muß doch die „zweite" Meinung dargelegt und näher begründet werden.

Die Durchführung des hier vertretenen Standpunktes bedeutet absolut keine Härte für den Fiduzianten, die um jeden Preis vermieden werden müßte. Bei dem Fiduzianten steht zunächst die Entscheidung, ob er sich in die Gefahr begeben will, er hat es dann ferner, selbst wenn er sich der Gefahr unterzieht, in der Hand, sich gewisse Sicherungsmöglichkeiten zu schaffen. Sucht er trotzdem die Gefahr auf, und zwar ohne sich den Rücken zu decken, dann kommt er vielleicht, wie er bei nicht allzu großer Intelligenz hätte voraussehen können und müssen, auch in ihr um. Der Einwand, sichern kann sich nur der, der die verschiedenen juristischen Kunstgriffe kenne, während der Unkundige sich nicht sichern könne, sodaß es also wenigstens diesem gegenüber eine Ungerechtigkeit wäre, wollte man ihm die ganze Schwere des Gesetzes fühlen lassen, schlägt nicht durch; denn gegen die Tatsache, daß es dem Unkundigen immer schlecht geht, kann nicht angekämpft werden. Die Einstellung des Verfassers ist übrigens „nicht ungerechter" wie die des BGB.s, wie sie in den Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte vom Nichtberechtigten herleiten, zum Ausdruck kommt.

Der zweite Punkt der materiellen Rechtfertigung des Standpunkts der entgegengesetzten Lehre, auf den auch näher eingegangen werden muß, obwohl das R.G. ihn nicht unmittelbar als Baustein für sein Gebäude benutzt hat, ist die Behauptung, das Verkehrsbedürfnis verlange, daß dem Fiduzianten ein Recht

---

2) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 45 S. 80. Dieser Entscheidung liegt eigentlich ein Fall zugrunde, in dem das Eigentum lediglich den Interessen des Fiduzianten dient; nach den Ausführungen, die das Reichsgericht in Bd. 91 S. 15 macht, wonach auch die sicherungshalber übertragene Sache wirtschaftlich dem Fiduzianten gehört, kann es aber keinem Zweifel unterliegen, daß sie auch diese Fälle umfaßt; tatsächlich wird sie allgemein als auch diese Fälle umfassend betrachtet.

3) An der vom Reichsgericht gewählten Fassung dieses Satzes ist vor allem auszusetzen, daß sie den Eindruck erweckt, als gehöre die sub pacto fiduciae übertragene Sache zu dem Vermögen des Fiduziars-Gemeinschuldners, was doch das Reichsgericht nicht wahr haben will.

auf Aussonderung der fiduziierten Sache gewährt wird, das ihm vom Gesetze nicht vorenthalten werden könne. Auch diese Behauptung läßt sich nicht nur nicht beweisen, sondern vielleicht sogar widerlegen; sie beruht auf einer Vermischung der Begriffe „Bedürfnis des Fiduzianten" und „Verkehrsbedürfnis". Es wäre eine Begünstigung des Fiduzianten und eine nicht entschuldbare Vernachlässigung der Interessen der Gläubiger, die vielleicht im Vertrauen darauf, daß das Grundbuch den Fiduziar als den Eigentümer wertvoller Grundstücke auswies, diesem erst bedeutende Kredite zur Verfügung stellten, und ferner auch eine Gefährdung der Interessen der Allgemeinheit, die nicht zuletzt auch auf einen ausreichenden Gläubigerschutz gerichtet sind, wollte man unter allen Umständen dem Fiduzianten das Recht auf Aussonderung der fiduziierten Sache zugestehen. Aber selbst dann, wenn wirklich ein gewisses Verkehrsbedürfnis nach der behaupteten Richtung hin aufzuspüren wäre, wäre der Wirtschaft nur ein schlechter Dienst erwiesen, wenn man diesem bestimmt nicht lebenswichtigen Bedürfnis dadurch abhelfen wollte, daß man an Fundamentalsätzen unserer Rechtsordnung rüttelt. Die wahre Liebe zur Wirtschaft muß vielmehr auch hart sein; die Wirtschaft hat selbst das größte Interesse daran, daß streng einheitlich nach dem Gesetze vorgegangen wird, selbst wenn das Gesetz an sich nicht als die idealste Befriedigung der Bedürfnisse der Wirtschaft betrachtet werden kann. Gegen die Nachteile, die die Anwendung des Gesetzes mit sich bringt, kann sich die Wirtschaft vielleicht bald schützen durch entsprechende Gestaltung der einzelnen Verträge (auflösende Bedingung, Vormerkung). Erweisen sich aber die Gerichte den Bedürfnissen der Wirtschaft gegenüber zu nachgiebig, indem sie in ihren Entscheidungen durch „allzu entsprechende und sinngemäße Auslegung und Anwendung des vielleicht ganz klaren Gesetzes" den momentan auftauchenden Bedürfnissen zu entsprechen suchen, dann wird bald eine Unsicherheit einreißen, die schwere Folgen gerade für die Wirtschaft haben muß. Vermag ein Gesetz nicht allen Umständen gerecht zu werden, die an sich der Gesetzgeber berücksichtigen muß, dann ist das ein Mangel im Gesetze, an dessen Verbesserung sich die Gerichte nicht zu versuchen brauchen.

Schließlich bringt auch die praktische Durchführung des von der Gegenseite vertretenen Standpunktes beachtliche Schwierigkeiten mit sich, die manchmal eine gerechte und zweckmäßige Lösung einfach unmöglich machen. In der Theorie [4]) sagt man nämlich, wirtschaftlich gehöre die sub pacto fiduciae übertragene Sache dem Treugeber, insoweit das Treuverhältnis dem wirtschaftlichen Interesse des Treugebers diene, dagegen gehöre die Sache auch wirtschaftlich dem Fiduziar, insoweit sie seinen Interessen dienen soll, z. B. bei der Sicherungsübereignung, es sei denn, daß das Interesse des Fiduziars durch Befriedigung der gesicherten Forderung bereits wieder weggefallen sei. Nun ließe sich ja das in der Theorie herrschende Prinzip nicht allzu schwer durchführen, solange die Verhältnisse so typisch liegen, wie in den von der herrschenden Lehre gegebenen Beispielen. Wie ist aber zu entscheiden, wenn die Verhältnisse weniger klassisch gestaltet sind, wenn z. B. eine goldene Uhr im Werte von 1000 Mark zur Sicherung einer Forderung von 10 Mark übereignet ist? Wo ist die Grenze zu ziehen und wer könnte sie ziehen? Der Praxis sind diese Schwierigkeiten wohl bekannt, sie unternahm es nicht, sie zu lösen [5]), sie hielt es für besser zu sagen, daß auch die sicherungshalber zu Eigentum übertragene Sache wirtschaftlich dem Fiduzianten gehöre.

Der vom Verfasser vertretene Standpunkt ist also nicht nur nicht ungerecht und unwirtschaftlich, sondern mindestens gerade so gerecht und wirtschaftlich wie der gegenteilige Standpunkt, außerdem spricht für ihn auch noch die Rechtskonsequenz.

Wenn das R.G. schließlich noch anführt, daß darüber kein Zweifel bestehe, daß die gesetzgebenden Faktoren eine (von seinem Standpunkt) abweichende ge-

4) Vergl. Gaupp—Stein—Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung § 771 S. 544/45 Anm. II 1a.
5) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 91 S. 15.

setzliche[6]) Regelung nicht beabsichtigt haben, so ist das auch nicht richtig, ganz abgesehen davon, daß der Wille des Gesetzgebers den klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zu ändern vermöchte. Das Reichsgericht reißt die einstimmig zu Protokoll gegebene Erklärung der Kommissionsmitglieder und der Regierungsvertreter, nämlich die Erklärung: „Durch § 35 des Entwurfs zur Konkursordnung soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament den Zusatz zur „Einziehung", „zur Sicherung" oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält", aus dem Zusammenhang und so kommt es wohl, daß es ihr einen unrichtigen Sinn beimißt. Wenn man aber schon nach Anhaltspunkten in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sucht, dann muß man die ganze Entstehungsgeschichte berücksichtigen. Richtig ist: In der zweiten Lesung des Entwurfs der Konkursordnung wurde der Antrag gestellt, dem § 35 K.O. a. F. folgenden § 35a folgen zu lassen: „Wechsel oder sonstige durch Indossament übertragbare Urkunden, welche dem Gemeinschuldner nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden sind, daß sie zur Sicherung des Gemeinschuldners für eine bei der Übertragung bezeichnete, von ihm oder an ihn zu bewirkende Leistung dienen sollen, können aus der Konkursmasse zurückgefordert werden." Gegen diesen Antrag wandte sich die Mehrheit mit der Begründung: Der Indossatar erwerbe das Eigentum nur, wenn der Indossant das Eigentum auf den Indossatar habe übertragen, dieser das Eigentum habe erwerben wollen; das Indossament allein für sich könne den Eigentumsübergang nicht bewirken. Sei der Wechsel zwar indossiert worden, haben aber im übrigen die Parteien nicht beabsichtigt, das Eigentum vom Indossanten auf den Indossar zu übertragen, dann könne auch von keinem Eigentumsübergang die Rede sein. Wenn dieser Satz richtig sei, dann könne der vorgeschlagene § 35a nur schädlich wirken. Soll die Betonung des Wortes „nur" die Bedeutung haben, daß der Übertragende die Absicht das Eigentum zu übertragen nicht gehabt haben dürfe, so sei die Vorschrift entbehrlich, da eben in diesem Falle ein Eigentumsübergang nach bürgerlichem Rechte nicht stattgefunden habe und die Aussonderung des Wechsels schon aus § 35 folge; sollte aber dem Worte „nur" keine besondere Bedeutung beikommen und wird demgemäß dasselbe gestrichen, so wird die Praxis zu der Auffassung gedrängt, daß der § 35a in Abweichung von § 35 eine Ausnahme von der allgemeinen Regel enthalte und daß die Vindikation selbst dann zulässig sei, wenn die Parteien das Eigentum auf den Indossatar übertragen haben. Der gestellte Antrag wurde mit einem Stimmenverhältnis von 8 : 3 abgelehnt. Später wurde auf Anregung desjenigen, der die Aufnahme des § 35a beantragte, als die übereinstimmende Auffassung der Kommission und der Regierungsvertreter die schon oben wiedergegebene Erklärung zu Protokoll gegeben. Wenn nun die Mehrheit der Kommission die aus den bereits erwähnten Gründen den § 35a ablehnte, der vom Reichsgericht angezogenen Konstatierung zugestimmt hat, ohne ihren vorher scharf umrissenen Standpunkt, wie er in der Begründung ihrer ablehnenden Haltung zum Ausdruck kommt, ausdrücklich aufgegeben zu haben, dann kann man doch dieser Erklärung nur die Bedeutung zukommen lassen, die ihr die Mehrheit ihrer Urheber beimaß: Es komme für die Frage, ob ein Aussonderungsrecht zu gewähren sei oder nicht, einzig und allein darauf an, ob das Eigentum übertragen worden sei oder nicht; in den Fällen aber, in denen dem Gemeinschuldner Wechsel und andere durch Indossament übertragbare Urkunden nur behufs Einziehung oder mit der Bestimmung übertragen worden seien, daß sie nur zur Sicherstellung des Gemeinschuldners dienen sollen, sei, obwohl das Indossament den Zusatz „zur Einziehung" „zur Sicherung"

[6]) Vergl. Hahn's Materialien zur Reichskonkursordnung S. 157, 540, 619, 666, 667, 718.

oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthalte, eben das Eigentum nicht auf den Indossatar übergegangen. Wenn aber das Reichsgericht diese Konstatierung sogar verallgemeinert und auch auf die Frage nach der Aussonderung fiduziierter Grundstücke anwendet, so geht das keineswegs. In jener Erklärung ist nur von „durch Indossament übertragbaren Urkunden" die Rede und das hat seinen guten Grund; man war sich nämlich lange nicht einig, ob durch das bloße Indossament der Indossatar zum Eigentümer des Wechsels würde oder ob hiezu noch die Einigung über den Eigentumsübergang kommen müsse, und diese Zweifel sollten durch die Konstatierung behoben werden. Wo aber diese Zweifel nicht auftauchen, brauchen und dürfen sie nicht behoben werden, die Verallgemeinerung des Reichsgerichts entbehrt also bestimmt jeder Rechtfertigung.[7])

Nachdem das Reichsgericht dargelegt hat, was für das Aussonderungsrecht spricht, fährt es dann ungefähr fort: „Es kann schließlich nicht behauptet werden, daß die für die Frage des Aussonderungsrechts einschlägigen Vorschriften notwendig in dem Sinne verstanden werden müßten, als ob das formale Eigentum oder sonstige Recht des Gemeinschuldners das Entscheidende sein solle. Ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zu Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des früheren Eigentümers bleiben sollte, gehört dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich und deshalb würde es von letzterem Standpunkt aus sogar ungenau sein, wenn der Gesetzgeber jene Ausdrücke auch auf dieses Verhältnis hätte beziehen wollen."

Diese Argumentation ist aufs Schärfste abzulehnen. Es geht nicht an, selbst wenn man von dem engen Zusammenhang zwischen BGB. und K.O. absehen wollte, der sogar eine Anpassung der K.O. an das BGB. nötig machte (vergl. Art. 1 E.G. zum BGB.), dem terminus technicus „gehörig" im Falle des § 43 K.O. einen anderen Sinn unterzuschieben, als ihm das BGB. beilegt. Die Mehrheit der Kommission hat, wie schon erwähnt, nachdrücklichst betont, daß es für die Frage nach dem Aussonderungsrecht einzig und allein darauf ankomme, ob sich nach bürgerlichem Recht ein Eigentumsübergang auf den Gemeinschuldner vollzogen hat. Die Vertreter der Gegenmeinung haben ursprünglich bestimmt keine Zweifel gehegt, daß „gehörig" im Sinne der K.O. dieselbe Bedeutung habe wie im BGB.; denn sonst wäre nicht ersichtlich, was ihr Antrag überhaupt bedeuten sollte. Wenn das Reichsgericht meint: „Ein Gegenstand, der dem Gemeinschuldner zwar zum Eigentum übergeben worden ist, jedoch mit der Abmachung, daß derselbe gleichwohl von ihm nicht wie sein Eigentum behandelt werden dürfe, sondern wirtschaftlich ein Vermögensbestandteil des letzteren verbleiben solle, gehört dem Gemeinschuldner zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich und deshalb würde es von letzterem Standpunkt aus sogar ungenau sein, wenn der Gesetzgeber jene Ausdrücke auch auf dieses Verhältnis hätte beziehen wollen", dann überspannt es wohl bestimmt den Bogen. Wäre es denn nicht eine weit gröbere Ungenauigkeit, wenn der Gesetzgeber von seiner üblichen Terminologie in fundamentalen Angelegenheiten abgehen wollte, ohne dies auch nur anzudeuten? „Gehörig" im Sinne der K.O. ist gleich „gehörig" im Sinne des BGB., wäre es nicht so, dann wäre man bestimmt im Laufe der Beratungen, die sich auf alle nur denkbaren „Wenn und Aber" bezogen, auch auf diese Unterscheidung zu sprechen gekommen.

Unersichtlich ist es vor allem, was es für die Frage nach der wirtschaftlichen Zugehörigkeit ausmachen soll, ob die Sache dem Fiduziar von einem Dritten oder

7) So vor allem auch Sarwey=Bossert Komm. zur K. O. 4. Auflage § 43 III 2 S. 203, der in dieser Frage ein besonders gewichtiges Wort reden kann, da Sarwey Vorsitzender der zur Beratung des Entwurfes der K. O. bestellten Reichstagskommission war und anzunehmen ist, daß auch die 4. Auflage dieses Kommentars unter dem Einfluß Sarweys zustande kam, wenn auch Sarwey selbst schon am 1. April 1900 gestorben ist.

vom Fiduzianten übertragen wurde, an welchem Erfordernis aber das Reichsgericht geradezu klebt.[8]) Wenn es schon auf die wirtschaftliche Zugehörigkeit ankommt, dann darf die Frage, ob eine Sache wirtschaftlich diesem oder jenem gehört, doch nicht nach noch formelleren Gesichtspunkten beantwortet werden; man muß die Frage nach der wirtschaftlichen Zugehörigkeit, wenn es schon hierauf ankommt, nach materiellen Gesichtspunkten beantworten. Man muß als „gehörig" das betrachten, was vielleicht die Wirtschaft als ihr gehörig betrachtet; denn nur die Wirtschaft ist für die Entscheidung von Fragen wirtschaftlicher Natur zuständig. Verbindet man aber mit dem Begriff „wirtschaftlich gehörig" die Vorstellung, die man in der Wirtschaft mit diesem Begriff verbindet, dann ergibt sich die Unbrauchbarkeit des vom Reichsgericht gemachten Unterschiedes mit Notwendigkeit. In der Wirtschaft macht man zwar bei Vermögensaufstellungen nicht den Unterschied zwischen dinglich und obligatorisch; man überlegt nur, ob das Recht realisierbar ist oder nicht; diese Frage hängt aber vielfach davon ab, ob ein Aussonderungsrecht besteht oder nicht. Kann aber die Frage nach der wirtschaftlichen Zugehörigkeit vielfach erst nach Beantwortung der Frage, ob ein Aussonderungsrecht gegeben sei oder nicht, beantwortet werden, dann kann nicht umgekehrt die Frage, ob ein Aussonderungsrecht gegeben sei oder nicht, darnach beantwortet werden, ob die Sache dem Gemeinschuldner wirtschaftlich gehört oder nicht.[9])

§ 43 K.O. reicht also zur Begründung des von der Praxis dem Fiduzianten gewährten Aussonderungsrechts nicht aus. Dieser Erkenntnis konnten sich auch die eifrigsten Verfechter eines Aussonderungsrechtes nicht ganz verschließen, sie haben sich daher vielfach, wenigstens subsidiär[10]), auch auf ein Gewohnheitsrecht berufen; manche lassen das Aussonderungsrecht des Fiduzianten schon primär auf gewohnheitsrechtlicher Anerkennung beruhen.

Und in der Tat bestechen die Begründungen, die auf eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung des Aussonderungsrechtes hinauslaufen. Haben doch das Reichsgericht und seinem Beispiele folgend die anderen Gerichte immer anerkannt, daß der Fiduziant die sub pacto fiduciae übertragene Sache im Konkurse des Fiduziars aussondern könne. Allein es kann zunächst auch noch nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung des Aussonderungsrechtes die Rede sein, ganz gleich, welcher Theorie über die Bildung von Gewohnheitsrecht man sich auch anschießen mag. Die Begründungen der Entscheidungen, durch die dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zuerkannt wurden, laufen nämlich insgesamt auf eine unrichtige Anwendung des § 43 K.O. hinaus, sie stellen keineswegs die zur Bildung von Gewohnheitsrecht erforderliche Anwendung eines besonderen Rechtssatzes dar. Doch ist in Anbetracht der Tatsache, daß das Reichsgericht in der in Bd. 94 S. 305[11]) abgedruckten Entscheidung bereits von einer entsprechenden Anwendung des § 43 K.O. spricht, anzunehmen, daß in Zukunft das Reichsgericht unter Aufgabe seiner bisherigen unrichtigen Begründung lediglich an dem Er-

8) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 84 S. 217.

9) Man halte folgende Beispiele gegeneinander: 1. Beispiel: A. verkauft in rechtsgültiger Weise ein Grundstück an den Fabrikanten B. A. wird nach Kaufabschluß wegen Verschwendung entmündigt und läßt nach seiner Entmündigung das Grundstück an B. auf. Auf Grund dieser Auflassung erfolgt die Eintragung. B. bebaut das Grundstück, schaltet und waltet nach freiem Belieben mit dem Grundstück und gilt allgemein als dessen Eigentümer. Außerdem kann er jederzeit vom gesetzlichen Vertreter des A. die Genehmigung der Auflassung verlangen bezw. die Auflassung selbst und der gesetzliche Vertreter des A. kann jederzeit ohne Beachtung besonderer Formalitäten seine Genehmigung erteilen. (§ 182 Abs. II BGB.). Trotzdem ist B. nicht Eigentümer, auch nicht wirtschaftlicher im Sinne der Rechtsprechung des Reichsgerichts. 2. Beispiel: A. übereignet eine Uhr im Werte von 30 Mark zur Sicherung einer Forderung von 60 Mark. Er hat wenig Interesse an der Uhr und übrigens auch wenig Geld, um diese auszulösen; trotzdem aber ist er wirtschaftlicher Eigentümer.

10) Siehe Jaeger: Komm. z. K.O. § 43 Anm. 40 S. 508.

11) Dadurch, daß das Reichsgericht in dieser Entscheidung von einer entsprechenden Anwendung des § 43 K.O. spricht, gibt es übrigens selbst mittelbar zu, daß § 43 unmittelbar das Aussonderungsrecht des Fiduzianten nicht gewährt.

gebnis festhalten wird, daß das Reichsgericht also nunmehr den Rechtssatz, daß der Fiduziant die fiduziierte Sache im Konkurse des Fiduziars aussondern könne, schlechthin zur Anwendung bringen wird; eine solche Übung, die sich von dem Irrtum, auf dem sie zunächst beruhte, frei machte, müßte sich allmählich zu einem Gewohnheitsrechte entwickeln.[12])

Nur in einem Falle kann die sub pacto fiduciae übertragene Sache aus der Konkursmasse ausgesondert werden, aber keineswegs vom Fiduzianten selbst, sondern nur von einem Anfechtungsgläubiger. Es soll nicht in den heißen Kampf eingetreten werden, der zwischen den Anhängern der herrschenden Lehre und der sog. Dinglichkeitslehre über die Rechtsnatur des Anfechtungsanspruchs hin- und herwogt; das eine aber steht fest, daß der Anfechtungsgläubiger nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 des Anfechtungsgesetzes, soweit es zu seiner Befriedigung erforderlich ist, verlangen kann, daß dasjenige, was durch das anfechtbare Rechtsgeschäft aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, als noch zu demselben gehörig von dem Empfänger zurückgewährt werde. Nach § 43 K.O. reicht es aber zur Begründung eines Aussonderungsrechtes aus, daß dem, der aussondern will, ein dinglicher oder auch persönlicher Anspruch auf Herausgabe der auszusondernden Sache zusteht, und daß der auszusondernde Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht gehört. Daß die erste Voraussetzung vorliegt, wird weder von der herrschenden Lehre noch von der Dinglichkeitslehre bestritten, der Streit geht um die zweite Voraussetzung. Nach des Verfassers Meinung müßten aber auch die Vertreter der herrschenden Lehre das Verhältnis zwischen Anfechtungsgegner und Anfechtungsgläubiger kraft der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 Anfechtungsgesetzes so betrachten, als gehöre der fragliche Gegenstand noch zu dem Vermögen des Schuldners, das heißt aber nicht zu dem Vermögen des Anfechtungsgegners. Soll aber der Gegenstand als nicht zum Vermögen des Anfechtungsgegners gehörig betrachtet werden, dann ist auch die zweite Voraussetzung als erfüllt anzusehen, sodaß dem Anfechtungsgläubiger ein Recht auf Aussonderung zugestanden werden muß. Im übrigen aber kann von der Lehre, daß dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zu gewähren sei, nicht weit genug abgerückt werden.

Die Frage, ob der Fiduziant der Pfändung der fiduziierten Sache durch Gläubiger des Fiduziars gemäß § 771 Z.P.O. widersprechen kann, ist dahin zu beantworten: Der Fiduziant kann der Pfändung der fiduziierten Sache nur widersprechen, wenn er ein formales Recht an der Sache hat, z. B. ein Nießbrauchsrecht oder ein Pfandrecht verbunden mit dem Besitz.[13])

In der Praxis und von einem großen Teil der Theoretiker wird diese Frage wie die erste beantwortet, und zwar geschieht dies im Wesentlichen mit derselben Begründung. Es können also gegen die abweichende Beantwortung der Frage durch die Praxis dieselben Einwände gebracht werden wie bei der ersten Frage. Freilich können nicht die Materialien zur Konkursordnung über diese Frage Aufschluß geben, allein es enthalten auch die Materialien zur Zivilprozeßordnung keine Bemerkungen, die der Auffassung der Praxis zur Stütze dienen könnten.[14])

Umgekehrt kann aber im Konkurse des Fiduzianten der Fiduziar die sub pacto fiduciae übertragene Sache aussondern, der Fiduziar kann auch der Pfändung der ihm zu Eigentum übertragenen Sache durch Gläubiger des Fiduzianten widersprechen.[15])

---

12) Siehe Enneccerus § 36 I Ziff. 3 b S. 87.

13) Auf Grund eines Pfandrechts kann der Fiduziant nicht widersprechen, wenn er sich nicht im Besitze der Sache befindet; befindet er sich nicht im Besitze der Sache, dann hat er nur einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung. § 805 Z. P. O.

14) Hahns: Materialien zur Zivilprozeßordnung S. 81, 441, 442, 818, 987.

15) Anders natürlich folgerichtig die Vertreter der Lehre, daß dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht zu gewähren sei.

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß der Anfechtungsgläubiger, wenn er auch im Konkurse des Fiduziars aussondern kann, keineswegs der Pfändung der fiduziierten Sache durch Gläubiger des Fiduzars widersprechen kann. Denn durch die Anfechtung erwirbt der Anfechtungsgläubiger zunächst lediglich den Anspruch auf Zurückgewährung der betreffenden Sache, keineswegs aber schon ein Recht an der Sache selbst, was aber unerläßliche Voraussetzung für ein Widerspruchsrecht nach § 771 Z.P.O. wäre.

Mit der ersten Frage hängt aufs engste zusammen die dritte Frage: Kann der Treuhänder, dem eine Sache zur Sicherung übereignet ist, im Konkurse des Fiduzianten für den ganzen Betrag seiner Forderung konkursmäßige Befriedigung beanspruchen oder nur für den Betrag, zu welchem er auf Befriedigung aus der ihm zum Zwecke der Sicherung übereigneten Sache verzichtet oder mit welchem er bei dem Versuch der Befriedigung aus dieser Sache ausgefallen ist? Diese Frage muß zufolge des Standpunktes, den diese Abhandlung in der ersten Frage einnimmt, dahin beantwortet werden, daß der Fiduziar im Konkurse des Fiduzianten für den ganzen Betrag seiner Forderung konkursmäßige Befriedigung verlangen kann. In den vorhergehenden Ausführungen ist dargelegt, daß die fiduziierte Sache im Konkurse des Fiduzianten nicht zur Konkursmasse gehört, der Fiduziar verlangt also keine abgesonderte Befriedigung, sodaß für die Anwendung des § 64 K.O. kein Raum ist.[16])

---

16) Anders natürlich folgerichtig die Vertreter der Auffassung, daß die fiduziierte Sache im Konkurse des Fiduzianten zur Konkursmasse gehöre und dem Fiduziar lediglich ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zustehe. Nicht ganz klar ersichtlich ist, wie das Reichsgericht, das doch die fiduziierte Sache im Konkurse des Fiduzianten zur Konkursmasse rechnet, dem Fiduziar also von vorneherein nur ein Absonderungsrecht gewährt, in der in Bd. 24 S. 47 abgedruckten Entscheidung zu einer entsprechenden Anwendung des § 57 K.O. a F. (§ 64 n. F.) kommt. Wenn der Fiduziar nur absonderungsberechtigt ist, dann findet doch § 64 K.O unmittelbare Anwendung; in dem im Bd. 91 S. 15 abgedruckten Urteil wendet das Reichsgericht § 64 K.O. auf den gleichen Fall übrigens auch unmittelbar an.

§ 9.

Schlußbemerkungen.

Da die fiduziarische Übereignung ihre tiefsten Wurzeln im praktischen Leben hat und ihre Erfindung eigentlich ganz zu Unrecht dem Reichsgericht in die Schuhe geschoben wird [1]), müssen noch einige Bemerkungen zur praktischen Bedeutung der fiduziarischen Übereignung gemacht werden. Wohl schon lange Zeit fanden die fiduziarischen Übereignungsgeschäfte eine gewisse Verbreitung. Die weitaus größte Auflage von allen diesen Geschäften hat aber zweifellos die mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung einer Forderung vorgenommene fiduziarische Übereignung, in folgendem der Einfachheit halber bloß Sicherungsübereignung genannt, erlebt; sie zog das Interesse weiter Kreise auf sich; von ihrer praktischen Bedeutung soll auch noch kurz die Rede sein, während auf eine Würdigung der wirtschaftlichen Seite der anderen fiduziarischen Übereignungsgeschäfte in Anbetracht der Tatsache, daß diese im Verhältnis zur Sicherungsübereignung doch nur eine sehr geringe Rolle spielen, verzichtet werden kann.

Die Vertreter der einen Richtung lehnten die Sicherungsübereignung schroffstens ab, weil sie in ihr eine Gefährdung des Erfolges sahen, der durch die Abschaffung der Mobiliarhypothek im technischen Sinne errungen war. Mit allen juristischen Waffen führten sie den Kampf gegen sie [2]), und an Propaganda für ihre Sache ließen sie es auch nicht fehlen, indem sie umfangreiche Kataloge jener Schiebungen herausgaben, zu denen die Sicherungsübereignung mißbraucht werden kann. Doch vermögen leider alle diese Aufstellungen nicht eine deutliche Sprache zu sprechen; denn es sind eben nur die kranken Fälle statistisch erfaßbar, weil wohl nur diese vor das Forum der Gerichte kommen, während die Fälle, in denen sich die Sicherungsübereignung zweifellos nützlich erwies, einer zahlenmäßigen Erfassung nicht fähig sind, und zwar deshalb nicht, weil sie die guten Wirkungen eben nur dadurch hervorbringen konnten, daß sie geheim blieben. Außerdem leiden alle diese Aufstellungen noch an dem Mangel, daß sie eigentlich bloß die Sicherungsübereignung zum Sündenbock für gewiß nicht erfreuliche Zustände machen, die letzten Endes nicht nur auf die Sicherungsübereignung allein zurückzuführen sind, sondern auf die Möglichkeit, daß eine Sache mittels constitutum possessorium übereignet werden kann.

Von der anderen Seite wurde die Sicherungsübereignung immer in Schutz genommen, wenn auch nie bestritten werden kann, daß sie ab und zu auch sehr schädlich wirkt. Der bedeutungsvollste Vorteil, den die Sicherungsübereignung gewährt, liegt darin, daß sie es auch nach geltendem Rechte, das die Mobiliarhypothek im technischen Sinne nicht mehr kennt, ermöglicht, daß der, der Geld benötigt, seine Gebrauchsmittel zugleich auch als Kreditmittel verwenden kann; dadurch erlangen die einzelnen Sachen einen sogen. additionellen Wert, der nicht zuletzt gerade den Gläubigern des Fiduzianten zugutekommt; im Falle der Nichtanerkennung der Sicherungsübereignung wäre dagegen sogar zu befürchten, daß der bedrängte Schuldner den Versuch machen würde, durch Verschleuderung seiner ganzen Habe seiner Geldverlegenheit zunächst ein Ende zu machen; die so verschleuderte Substanz ginge aber auch den Gläubigern des Fiduzianten verloren.

1) So wohl Voigt: Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht, Deutsche Richterzeitung, 20. Jahrgang (1928) Heft 6 S. 252.

2) Siehe §§ 2, 3, 4 und 5 dieser Abhandlung.

Wollte man die Sicherungsübereignung überhaupt und zwar ersatzlos verbieten, so wäre des Guten wohl zu viel getan; wollte man sie aber verbieten, um, da ein Verkehrsbedürfnis nach einem der Mobiliarhypothek ähnlichen Institut unbestreitbar ist, an ihre Stelle das berühmte Registerpfand zu setzen, so wäre die ganze Frage wohl auch nicht gerade im besten Sinne gelöst. Dieses Pfandregister birgt nämlich eine große, bis jetzt noch viel zu wenig beachtete Gefahr in sich. Man stelle sich jemand vor, dem sein ganzes Hab und Gut unter Eigentumsvorbehalt geliefert ist. Der Name dieses „reichen" Mannes wird im Pfandregister zunächst nicht zu finden sein. Diesem „reichen" Manne wird es also bei einigermaßen gewandtem Auftreten nicht allzu schwer fallen, unter Hinweis auf das seinen Namen nicht enthaltende Pfandregister erst recht einen kreditwürdigen Eindruck zu machen. So könnte es vielleicht dazu kommen, daß diejenigen, die geschützt werden sollen, nicht nur auf den durch das constitutum possessorium hervorgerufenen Kreditschein hereinfallen, sondern auch noch auf den durch das leere Pfandregister hervorgerufenen Kreditschein. Dieser Gefahr könnte nur dadurch mit Erfolg entgegengewirkt werden, daß alle Sachen, die mit einem Registerpfandrecht belastet werden können [3]) — ebenso wie es im Liegenschaftsrecht schon jetzt der Fall ist — ohne Rücksicht darauf, ob sie schon belastet sind oder nicht, insoweit dem Registerzwang unterstellt würden, als sie einem anderen als dem unmittelbaren Besitzer der Sachen gehören. Wollte man sich die Mühe machen, ein solches Pfandregister einzurichten, — ob es überhaupt möglich ist, kann dahingestellt bleiben — dann wäre der Erfolg der unübersehbaren Arbeit ein „überaus schwerfälliger Apparat", der die in ihn gesetzten Erwartungen wohl kaum erfüllen würde. [4])

Die ab und zu in Vorschlag gebrachten Reformen sind gar nicht so nötig; auch vom Standpunkt des geltenden Rechts aus lassen sich Vorkehrungen gegen Auswüchse der Sicherungsübereignung treffen. So führt z. B. das Amtsgericht Berlin-Schöneberg ein alphabetisches Verzeichnis jener Schuldner, die bereits einmal verklagt waren, nebst Aktenzeichen und so kann wenigstens die Gefahr gebannt werden, daß der Einwand, irgend eine Sache gehöre nicht dem Schuldner, dessen Widerlegung in einem früheren Prozesse gelungen ist, erneut und vielleicht mit Erfolg gebracht werden könnte. Ähnliche Einrichtungen hat das Amtsgericht Charlottenburg getroffen. [5]) Zur Reinigung der Atmosphäre kann die Rechtsprechung auch dadurch viel beitragen, daß sie einen ausgiebigen Gebrauch von § 138 BGB. macht, und in der Tat lassen sich in letzter Zeit recht erfreuliche Ansätze nach dieser Richtung wahrnehmen. Das wirksamste Mittel wäre freilich, wenn die Rechtsprechung zum „formal-juristischen" Standpunkt zurückkehren würde und auch den Fiduzianten die Weggabe des Vollrechtes spüren ließe. Denn es ist unbestreitbar, daß die Einstellung unserer Gerichte ein besonders günstiges Klima abgab für das Wuchern dieser „zivilrechtlichen Sumpfpflanze" [6]); in dem Augenblick aber, in dem sich die Sicherungsübereignung als ein zweischneidiges Schwert entpuppen würde, wie sie es tatsächlich ja auch ist, würde sie bestimmt an Beliebtheit einbüßen und so wohl auch an Umfang abnehmen. Mit einer Änderung des Kurses der Rechtsprechung nach der gezeigten Richtung hin wäre der guten Sache wohl besser gedient als mit der Verwirklichung des besten bis jetzt gemachten Verbesserungsvorschlags.

---

3) Nach manchem Vorschlag soll nämlich die Sicherungsübereignung mittels **constitutum possessorium** überhaupt verboten werden, das Registerpfandrecht aber nur für bestimmte Sachen zugelassen werden.

4) Vergl. Höniger a. a. O. S. 179, der von einer „papierenen Publizität" spricht.

5) Vergl. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 24. Jahrgang (1928) S. 301: Neue Wege zum Schutze gegen Sicherungsübereignungen.

6) Siehe Ackermann, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, S. 166.